Q.

Lc. XII. 91-93

(97)

9.

C

1

F. en.

0 77
1

Handbuch
des
gemeinen deutschen Strafrechts,
mit Rücksicht
auf die Bestimmungen
der
preußischen, österreichischen, baierischen
und
französischen Strafgesetzgebung.

Von
Dr. Carl Ernst Jarcke,
außerordentlichem Professor der Rechte an der Königl. Universität zu Berlin.

Erster Band,
welcher die Einleitung und die allgemeinen Lehren enthält.

Berlin,
bei Ferdinand Dümmler.
1827.

Vorrede.

Die vorliegende Darstellung der Strafrechtswissenschaft, — welche der Verfasser durch die Benennung eines Handbuchs bezeichnen zu müssen geglaubt hat, weil sie den gewöhnlichen Umfang eines Lehrbuchs überschreitet, hat zunächst die Bestimmung, zu einer Basis für die Vorlesungen desselben über diesen Zweig der Rechtswissenschaft zu dienen, auf welche er verweisen, und welche er an andern Orten weiter ausführen könnte. — Mit dankbarer Anerkennung hält er sich verpflichtet zu bemerken, daß er die neuern Arbeiten Anderer, namentlich die trefflichen Lehrbücher von Wächter und Roßhirt, die eben so allgemein anerkannten Handbücher von Henke und

Tittmann, und die nicht minder lehrreichen Aufsätze von Mittermaier und so vielen Andern benutzt hat; ob er zugleich die Wissenschaft durch diese Schrift weiter gefördert, mag das Gutachten Sachkundiger entscheiden. Wer die Gesinnung nicht theilt, mit welcher dieses Buch geschrieben, und welche er überall offen und mit Bestimmtheit ausgesprochen, kann freilich die Arbeit nicht loben; aber auch der, welcher von denselben Grundsätzen ausgeht, kann vielleicht die Bemerkung machen, daß Vieles besser gesagt seyn könnte, als es geschehen ist. Einen begründeten Tadel dieser Art, wird der Verfasser mit wahrhaft aufrichtigem Danke anerkennen, weil er der festen Ueberzeugung ist, daß dadurch die Grundsätze, in deren Interesse er schrieb, nur gewinnen können, und weil er eben um dieser Grundansicht willen, die Mängel seiner Darstellung gerne Preis giebt. Den Widerspruch und Tadel aber, den die Prinzipien finden werden, welche ihn leiteten, wird er, wie bisher geschehen, stillschweigend und mit großem Gleichmuthe hinnehmen; der Streit über die höchsten und letzten Gründe, nicht bloß des Rechts und der Strafe, sondern der unmittelbar hiermit zusam-

menhängenden gesammten Welt- und Lebensansicht, welcher die Gegenwart bewegt, kann durch die litterarische Fehde von Individuen nicht geschlichtet, vielmehr nur in's Individuelle und Persönliche gezogen werden.

Diese erste Abtheilung enthält zunächst die obersten und allgemeinen Grundsätze des Strafrechts, wie sich dasselbe in Deutschland gestaltet hat, wobei es dem Verfasser mehr auf eine klare und bestimmte Entwickelung der eignen Ansicht, als auf litterarhistorische Zusammstellung fremder Meinungen ankam. Auch erlaubte die Gränze, welche dem Umfange des ganzen Werkes, durch seinen Zweck, ein Hülfsbuch bei akademischen Vorträgen zu seyn, gezogen ist, keine größere Ausführlichkeit. Der zweite Band, welcher dem ersten bald nachfolgen soll, wird die Lehre von den einzelnen Verbrechen, der dritte den Strafproceß enthalten. Die Rücksicht, welche der Verfasser auf die Fortbildung des gemeinen Rechts, in den neuern Gesetzgebungen der bedeutendsten unter den deutschen Territorien, und auf das, in so vielfacher Hinsicht beachtungswerthe französische Recht genommen hat, bedarf, wie er glaubt, keiner beson-

dern Entschuldigung; was sonst noch, über die Art und Weise der Behandlung des gewählten Stoffs, in einer Vorrede gesagt zu werden pflegt, ergiebt sich genügend aus dem Buche selbst.

Der Verfasser.

Inhalt.

Einleitung.

Erstes Kapitel.

Begriff, Stellung und Eintheilung des Strafrechts.

Seite.

§. 1. Begriff des Strafrechts 1
§. 2. Stellung des Strafrechts im Gebiete der Rechtswissenschaft 2
§. 3. Eintheilungen des Strafrechts 5

Zweites Kapitel.

Geschichtliche Uebersicht der Quellen des Deutschen Strafrechts.

§. 4. Aeltester Zustand des germanischen Strafrechts . . . 10
§. 5. Veränderungen des germanischen Strafsystems im Mittelalter 21
§. 6. Zustand des deutschen Strafrechts gegen das Ende des Mittelalters vor Abfassung der Carolina 29
§. 7. Von der peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karl's V. 37
§. 8. Vom römischen Rechte 47
§. 9. Vom kanonischen Rechte 51
§. 10. Von den sonstigen ungeschriebenen Quellen des deutschen Strafrechts 58
§. 11. Ueber die wissenschaftliche Bearbeitung des Strafrechts seit der C. C. C. 64
§. 12. Die neuern Strafgesetzgebungen in Deutschland . . 76

Drittes Kapitel.

Von den Hülfsmitteln beim Studium und der Anwendung des Strafrechts, und der Litteratur der Strafrechtswissenschaft.

Seite.
§. 13. Hülfsmittel 83
§. 14. Litteratur der Strafrechtswissenschaft 87

Allgemeine Lehren des Strafrechts.

Erster Abschnitt.

Vom Verbrechen.

Erstes Kapitel.

Vom Verbrechen überhaupt.

§. 15. Begriff des Verbrechens im juristischen Sinne . . . 91
§. 16. Begriff des Verbrechens im sittlichen Sinne . . . 95
§. 17. Vom Thatbestande des Verbrechens 102
§. 18. Von den nothwendigen Bedingungen des Verbrechens überhaupt 106
§. 19. Eintheilung des Verbrechens 113

Zweites Kapitel.

Von dem verbrecherischen Willen.

I) Von der Zurechnung.

§. 20. 1) Von der Zurechnung überhaupt 123
§. 21. 2) Von den möglichen Subjekten des Verbrechens . 133

II) Von den Gründen der Zurechnungslosigkeit.

§. 22. 1) Von der Aufhebung der Zurechnung überhaupt . 135
§. 23. 2) Von der Zurechnungslosigkeit wegen Mangels des rechtswidrigen Willens 137
§. 24. 3) Von der Zurechnungslosigkeit wegen Mangels an Willensfreiheit 157
§. 25. 4) Von der Aufhebung der Zurechnung wegen physischen Zwanges 181

III) Von der Verschiedenheit des widerrechtlichen Willens.

Seite.

§. 26. 1) Von den Eintheilungen des widerrechtlichen Willens überhaupt 184
§. 27. 2) Vom bösen Vorsatz 186
§. 28. 3) Ueber die Mittelstufen zwischen dem bösen Vorsatze und der Fahrlässigkeit 193
§. 29. 4) Von der Fahrlässigkeit 201
§. 30. 5) Ueber den Beweis der widerrechtlichen Willensbestimmung 208

Drittes Kapitel.

Von der verbrecherischen That.

I) Von der Vollendung und dem Versuche des Verbrechens.

§. 31. 1) Von dem vollendeten Verbrechen und dem Erfolge desselben 210
§. 32. 2) Von den Erfordernissen des Versuchs 214
§. 33. 3) Von den Graden des Versuchs 219

II) Von der Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen.

§. 34. 1) Von der Theilnahme überhaupt 221
§. 35. 2) Von den Urhebern und Anstiftern eines Verbrechens 224
§. 36. 3) Von den Gehülfen 229
§. 37. 4) Von den Begünstigern 231

Zweiter Abschnitt.

Von der Strafe.

Erstes Kapitel.

Von der Strafe überhaupt, in sittlicher und politischer Beziehung.

§. 38. Von der Strafe in sittlicher Beziehung 240
§. 39. Von den politischen Beziehungen der Strafe . . . 246

Zweiter Abschnitt.

Von den Strafmitteln.

Seite.

§. 40. Von den Strafmitteln überhaupt 256
§. 41. Von der Todesstrafe 258
§. 42. Von den Leibesstrafen 264
§. 43. Von den Freiheitsstrafen 267
§. 44. Von den Verweisungen 272
§. 45. Von den Vermögensstrafen 274
§. 46. Von den Ehrenstrafen 278
§. 47. Von den Sicherheitsmaaßregeln gegen den Verbrecher nach ausgestandener Strafe 287
§. 48. Von dem Verhältnisse der Strafmittel zu einander . 290

Dritter Abschnitt.

Von der Bestrafung.

Erstes Kapitel.

Von der Anwendung der Strafgesetze überhaupt und dem Verhältnisse des Richters zu denselben.

§. 49. Von der Anwendung der Strafgesetze überhaupt . . 293
§. 50. Von dem Verhältnisse des Richters zu den Strafgesetzen 299

Zweites Kapitel.

Von dem Maaßstabe der Strafbarkeit der Verbrechen.

§. 51. Von den Abstufungen der Strafbarkeit überhaupt . . 308
§. 52. Von den Gründen, welche die Strafbarkeit erhöhen . 323
§. 53. Von den Gründen, welche die Strafbarkeit vermindern 326

Drittes Kapitel.

Von den Fällen, wo die Anwendung der Strafgesetze nicht statt findet.

§. 54. Von der Unanwendbarkeit der Strafgesetze wegen des Todes des Verbrechers 333
§. 55. Von der Verjährung der Verbrechen 333
§. 56. Von der Begnadigung 338

Einleitung.

Erstes Kapitel.

Begriff, Stellung und Eintheilung des Strafrechts.

§. 1.

Begriff des Strafrechts.

Die Strafgewalt ist ein innerlich nothwendiger und wesentlicher Bestandtheil der Majestätsrechte der höchsten Obrigkeit eines jeden Landes. Kraft dieser Strafgewalt erklärt dieselbe gewisse Handlungen für Verbrechen und befiehlt daß den, der dieselben begeht ein gewisses Leiden, die Strafe, treffen solle. — Indem sie hierbei aber nach vorausbestimmten festen Normen verfährt, gestalten sich diese von selbst zu einem Theile des positiven Rechts, von welchem in Hinsicht seiner Entstehung, Ausbildung und Anwendung dasselbe gilt, was von andern Theilen der Rechtswissenschaft gesagt werden kann. Wie diese kann und muß nämlich auch das Strafrecht der Gegenstand historischer und philosophischer Erörterung werden und eine wahrhaft wissenschaftliche Darstellung muß, vornämlich in heutiger Zeit, diese beiden Gesichtspunkte bei der Auseinandersetzung des Positiven und Praktischen festhalten. —

In neuester Zeit hat man diesen Theil der Rechtswissenschaft: Strafrecht [1]) genannt, welche Benennung auch den früher gewöhnlich üblichen: Criminalrecht und peinliches Recht um deswillen vorzuziehen ist, weil diese Begriffe ihrer Wortableitung nach zu eng sind und das heutige Strafrecht weit mehr umfaßt als die crimina im Römischen Sinne des Wortes und die peinlichen Verbrechen des ältern Deutschen Rechts. [2])

§. 2.

Stellung des Strafrechts im Gebiete der Rechtswissenschaft.

Das Strafrecht gehört nach unsern heutigen Staats- und Rechtsverhältnissen dem öffentlichen Rechte an, weil in den neuern Staaten die Obrigkeit in der Regel es als ihre Pflicht betrachtet, begangene Verbrechen mit Strafe zu belegen. Das Verbrechen ist bei uns nicht mehr ein Verhältniß zwischen zwei Privatpersonen, sondern es geräth der welcher es begangen hat, heutzutage durch dasselbe mit der gesammten geselligen Ordnung in Conflikt und wird im Intresse des Staates gestraft. Unmöglich kann also dasselbe, wenn wir die gewöhnliche Eintheilung in öffentliches und Privatrecht [1]) zum Grunde legen, in unsern heutigen Rechtssystemen zum Privatrechte gerechnet werden, als wodurch der richtige Gesichtspunkt aus welchem die

---

1) So z. B. Tittmann und Wächter.

2) S. hierüber Wächter Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts Th. I. Vorrede S. XX.

1) §. 4. J. de justitia et jure (I. 1.) Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat. Privatum, quod ad singulorum utilitatem. Fr. 1. §. 2. D. eod. (I. 1.)

gesammte Disciplin betrachtet werden muß, von vorne herein verschoben wird. [2])

Dagegen ist aber nicht zu verkennen, daß das Strafrecht im römischen Rechtssysteme großentheils, im altdeutschen Rechte bis auf wenige Ausnahmen, gänzlich dem Privatrechte angehört, und daß die heutige Stellung des Strafrechts nur ein Produkt unsrer Geschichte und unsrer Verhältnisse, nicht etwas schlechthin und unter allen Bedingungen Nothwendiges ist. — Obgleich nun aber das Strafrecht und Privatrecht von einander durchaus zu trennen sind, berühren sich dennoch beide in dem Punkte, daß der durch ein Verbrechen Verletzte, auch unabhängig von dem Strafrechte welches die Obrigkeit geltend macht, seinen Schadensersatz zu fordern berechtigt ist, worüber denn meistentheils dieselben Gerichte entscheiden, welchen die eigentliche Strafanwendung obliegt. [3])

---

2) Zum Privatrechte rechnen es Kleinschrod Systematische Entwickelung der Grundbegr. des peinl. Rechts Bd. III. §. 130. und Falk Encyklopädie §. 36, während die meisten ältern Criminalisten es zum öffentlichen Rechte zählen. S. Wächter Lehrb. I. S. 2. Ein gänzliches Verkennen des Wesens der Strafe, freilich aber eine nothwendige Folge der s. g. Vertheidigungstheorie ist es, wenn man das Strafrecht in die Polizeiwissenschaft ziehen will.

3) C. 3. C. de ordine judiciorum (III. 8.) Cum civili disceptationi principaliter motae quaestio criminis incidit, vel crimini prius instituto civilis causa adjungitur, potest judex eodem tempore utramque disceptationem sua sententia dirimere. c 10. C. de judiciis (III. 1.). C. C. C. art. 201. — — — Und was fürther die partheyen, schaden oder abtrags halb gegen einander zu klagen vermeinen, daß sollen sie nach Außweisung obgemelter Ordnung, mit endlichem burgerlichem rechten vor demselben gericht oder so von ampts wegen geklagt wird, vor derselben, so von ampts wegen klagten, nechsten ordentlichen oberkeyt außtragen. C. C. C. art. 207 und 208. Ueber die spätere Deutsche Praxis,

Verwandt mit dem Strafrechte sind: der Strafprozeß, die Criminalpolitik und die Criminalpolizeiwissenschaft. Die erste dieser Disciplinen umfaßt die Normen wonach sich die Anwendung der Strafsätze auf die vorkommenden Verbrechen und das dabei zu beobachtende Verfahren richtet und ist folglich von dem Aggregat jener Strafsätze selbst zu unterscheiden, obwohl sie diesen näher steht als dem Civilprozesse. Die Criminalpolitik, welche erst in neuern Zeiten einen besondern Namen und einen selbstständigen Rang unter den Wissenschaften erhalten hat, wurde vornämlich nöthig, als man darauf ausging, auch in Beziehung auf ihren Inhalt neue Strafgesetzbücher zu machen. Sie beschäftigt sich damit die politische Seite des Strafrechts hervorzuheben und ihre richtig verstandene Aufgabe ist: zu zeigen, wie der Nutzen des Staats und die Forderungen der Gerechtigkeit in dem positiven Strafrechte eines Landes mit einander vereinigt werden können. Die Criminalpolizeiwissenschaft ist endlich derjenige Theil der Polizeiwissenschaft, welcher die passendsten Mittel angiebt, Verbrechen zuvorzukommen. — Passend werden diese mit dem Strafrechte so nahe verwandten Zweige der Wissenschaft, mit einer umfassenden Darstellung desselben verbunden. Außerdem haben neuere Schriftsteller auch noch zuweilen als einer besondern Disciplin der Strafgesetzgebungswissenschaft Erwähnung gethan. [4])

---

welche diesen Grundsätzen folgte, s. Quistorp Grundsätze des Deutschen Peinlichen Rechts §. 576. Note †. Hieran schließen sich auch die neuern Gesetzgebungen. Preußische Crim. Ord. §. 6. Oestr. Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizei-Uebertretungen Th. I. §. 338. II. §. 325. Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern Th. II. Art. 7. Code d'instruction criminelle art. 3.

4) Z. B. Tittmann Handbuch §. 1, welcher unter diesem

Insoweit diese nicht mit der Criminalpolitik und der Strafrechtswissenschaft selbst zusammenfällt, würde dieselbe vornämlich die Lehre von der zweckmäßigsten Fassung und dem besten, deutlichsten und kürzesten Ausdrucke der Strafgesetze behandeln, als welche, sobald von der Abfassung neuer oder der Revision bestehender Strafgesetzgebungen die Rede ist, allerdings unerläßliche Vorbedingungen jeder Verbesserung sind.

§. 3.

Eintheilungen des Strafrechts.

Eine der wichtigsten und einflußreichsten Eintheilungen der in Rede stehenden Wissenschaft ist die in positives und philosophisches, (allgemeines auch wohl natürliches) Strafrecht. — Sie ist fast allgemein angenommen und wird von Einigen so scharf hervorgehoben, daß jeder dieser beiden Theile mit einem besondern Namen, und zwar das s. g. natürliche Strafrecht mit der Benennung Strafrechtswissenschaft, das positive mit dem Worte Strafgesetzkunde bezeichnet wird. [1]) Gegen den Begriff des natürlichen Strafrechts läßt sich nun, bei der unsäglichen Vieldeutigkeit dieses Wortes und der großen Meinungsverschiedenheit Derer welche ein solches statuiren, im Allgemeinen gar nicht streiten, und die Frage über dessen Existenz oder Nichtexistenz fällt ganz mit der Untersuchung über die höchsten philosophischen Prinzipien des Strafrechts zusammen. — Wegen der vielen Mißverständnisse die sich aber an diese Eintheilung anschließen, ist es nothwendig hier vorläufig Folgendes zu bemerken: Die Philosophie kann

---

Ausdrucke Klugheitsregeln in Beziehung auf die Abfassung der Gesetze versteht.

1) So Tittmann Handbuch §. 1.

nicht als eine vom Richter zu benutzende Quelle des praktischen Strafrechts angesehen werden; noch weniger ist es möglich aus der s. g. reinen Vernunft, d. h. gänzlich abstrahirend von allem Vorhandenen, Positiven und geschichtlich Gegebenen, und durch würkliche oder vermeintliche Folgerungen aus einem, wie man glaubte, a priori aufgefundenen, angeblich höchsten Grundsatze, [2]) ein System von praktischen Rechtssätzen oder solchen, die je praktisch werden könnten, aufzustellen. Ein sehr gefährlicher Irrthum, der auch in der Praxis zu den verderblichsten Folgen geführt hat, ist es endlich, wenn man jene rein subjektiven Systeme entweder schlechthin in das positive Recht hineintrug und ihnen das Ansehn einer Quelle beizulegen suchte, oder die Anforderungen an das positive Recht machte, sich nach diesen angeblich philosophischen, — noch dazu unter sich so sehr abweichenden, — Strafrechtssystemen zu ändern. In neuerer Zeit ist dagegen die Ansicht aufgestellt worden daß ein solches dem positiven Rechte entgegengesetztes, bloß erdachtes, oder wie man es zu nennen pflegte, a priori aufgefundenes Recht, wissenschaftlich gar keine Realität und nur in sofern eine Bedeutung habe als jeder Irrthum ein Produkt seiner Zeit und zugleich eine würkende Ursache in derselben ist. Die Rechtsphilosophie habe vielmehr die Aufgabe das Vernünftige in der Erscheinung zu erkennen und zu begreifen, d. h. die subjektive Vernunft im Menschen mit dem objektiv Vernünftigen zu einigen, und könne sich demnach des geschichtlich Vorhandenen und Historischen nicht nur nicht entäußern, sondern es sey dieses vielmehr

---

2) Dergleichen Formeln werden der Sache nach sehr häufig doch wieder nur aus dem Positiven und Herkömmlichen entlehnt, und nur in die Schulsprache eines eben gangbaren Systems gekleidet.

ihr nothwendiges Subſtrat und der Stoff mit dem ſie ſich zu beſchäftigen und den ſie philoſophiſch zu konſtruiren habe. Inſofern man alſo die philoſophiſche Beſchäftigung mit dem Strafrechte überhaupt, philoſophiſches Strafrecht nennen will, iſt gegen die Benennung ebenſowenig zu erinnern, als gegen die Sache ſelbſt; nur dürfte der vieldeutige und ſo oft mißverſtandene Ausdruck natürliches Strafrecht, ſchon aus dem Grunde zu vermeiden ſeyn, weil das geſchichtliche Recht in gewiſſem Sinne auch immer ein natürliches iſt.

Eine andre auf die Quellen des Strafrechts ſich beziehende Eintheilung iſt die in gemeines deutſches und beſonderes Strafrecht (einzelner Territorien Deutſchland's). Hierbei kömmt vornämlich die Frage in Betracht ob es ſeit der Auflöſung des Deutſchen Reichs, (im Jahre 1806) und ſeitdem in den meiſten deutſchen Ländern neue partikuläre, das Ganze oder einzelne Theile des Strafrechts umfaſſende Strafgeſetzgebungen exiſtiren, noch ein gemeines deutſches Strafrecht giebt? [3]) Dieſe Frage wird am richtigſten beantwortet, indem man die verſchiedenen Bedeutungen, welche die Benennung gemeines Recht haben kann, unterſcheidet. Denn indem die Reichsgewalt weggefallen exiſtiren allerdings keine verbindlichen Reichsgeſetze mehr, inſofern dieſe aber noch in den einzelnen Territorien gelten und es in dieſen dieſelben ältern Quellen giebt, werden dieſe auch noch fortwährend als gemeines Recht betrachtet werden können. Da aber der würkliche Zuſtand der Kriminalgeſetzgebung in Deutſchland der iſt, daß mit wenigen Ausnahmen, ein jedes Territorium ſeine eigne Straf-

---

3) S. Kleinſchrod im Aeltern Archiv des Kriminalrechts. Bd. VII. S. 355. ff.

gesetzgebung hat oder in Kurzem erhalten wird, so kann von einem gemeinen Rechte nur in sofern gesprochen werden, als theils darunter die gemeinschaftliche historische Grundlage und der jüngst vergangene ältere Zustand verstanden wird, aus welchem sich die Partikulargesetzgebungen hervorgebildet haben, theils diese einzelnen Gesetzgebungen doch in sehr vielen Punkten übereinkommen und die allgemeinen Grundsätze sich meistentheils wiederholen. — Die Eintheilung in geschriebenes und ungeschriebenes Strafrecht bezieht sich ebenfalls auf die Quellen, und die früher vorkommende Eintheilung des Strafrechts in jus poenale publicum et privatum, (je nachdem es sich auf die Verbrechen unmittelbarer Reichsstände bezog oder nicht), ist heutzutage unpraktisch, da es ein Strafrecht des Deutschen Bundes über seine Mitglieder nicht giebt. [4])

Was die Anordnung des zum Gebiete des Strafrechts gehörenden Stoffes betrifft, so ist es heutzutage in Lehr- und Gesetzbüchern gewöhnlich, denselben so einzutheilen, daß der Strafprozeß von dem materiellen Strafrechte gesondert, und dieses letztere in einen allgemeinen und besondern Theil getheilt wird, wovon der erste, keineswegs bloß philosophisches Strafrecht [5]), sondern auch die positiven, aber allgemeinen d. h. auf alle Verbrechen und Strafen sich beziehenden Lehren enthält, der letztgenannte die Lehre von den einzelnen Verbrechen, d. h. von ihrem Begriffe, ihrem Thatbestande ihrer Strafe und ihrer sonstigen Eigenthüm-

---

4) Ein durch die mitgetheilten Thatsachen sehr lebendiges und interessantes Bild von diesem jus publicum poenale liefert J. J. Moser. Von der Teutschen Justizverfassung Th. I. p. 632.

5) Feuerbach (Lehrbuch des gem. in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 9te Auflage Giessen 1826. §. 4.) identifizirt den allgemeinen Theil mit dem philosophischen Strafrechte.

lichkeit umfaßt. — Diese Eintheilungen sind sowohl den Römischen Rechtsquellen, als der C. C. C. fremd, sie kommen aber in den meisten neuern Gesetzbüchern vor. [6]) Wir schließen uns an dieselben in der gegenwärtigen Darstellung des Strafrechts an, bemerken aber, daß bei der Aufstellung der allgemeinen Lehren, das Generalisiren [7]) oder Ausdehnen allgemeiner Prinzipien auf alle einzelnen Verbrechen, während dieselben doch nur von einigen gelten, besonders sorgfältig vermieden werden muß.

---

6) So z. B. in dem Oesterreichischen, Baierischen, Preußischen und Französischen Rechte. Der Prozeß ist in den beiden letztgenannten Gesetzgebungen besondern, von dem materiellen Rechte gänzlich getrennten Prozeßordnungen überwiesen.

7) Vor diesem warnt, als vor einem Grundfehler in der Behandlung des Kriminalrechts, in neuern Zeiten besonders Mittermaier. S. dessen Schrift: Ueber die Grundfehler der Behandlung des Kriminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern. Bonn 1819.

Zweites Kapitel.

Geschichtliche Uebersicht der Quellen des Deutschen Strafrechts.

E. Henke, Grundriß einer Geschichte des Deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Rechtswissenschaft, 2 Theile. Sulzbach 1809. 1810. (Das umfassendste Werk im Felde der noch viel zu wenig bearbeiteten Geschichte des Deutschen peinlichen Rechts.)

G. J. Stein, Geschichte des peinlichen Rechts und der Kriminalverfassung Deutschlands. Heilbronn 1807.

Die Geschichte des Deutschen Strafrechts behandelt an den betreffenden Stellen seines Werkes:

K. F. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. I. Bd. 1821 3te Auflage. II. Band 1821 3te Auflage. III. Band 1822 3te Auflage. IV. Band 1823. [1])

§. 4.

Aeltester Zustand des germanischen Strafrechts.

Das älteste Deutsche Strafrecht bildet ein in sich geschlossenes, auf eigenthümlichen Prinzipien beruhendes, von unsern heutigen Gewohnheiten durchaus verschiedenes System, von welchem wir auffer einigen alten mythologischen Ueberlieferungen, [1]) nur einige wenige Nachrichten in

---

1) Eine der neuesten und bedeutendsten hieher gehörenden Schriften, welche, obwohl nur indirekt, auch für die Geschichte des materiellen Strafrechts wichtig ist, ist F. A. Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitions-Prozesses und der Geschwornen-Gerichte. Leipzig 1827.

1) S. hierüber Grimm, über eine eigne altgermanische Weise der Mordsühne in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. I. S. 323. Die nordische Mythologie und die alten skandina-

Tacitus Werke über Deutschland finden. Außerdem müssen wir die Uebereinstimmung der spätern Volksrechte als eine Quelle benutzen, um aus ihr rückwärts auf das Alter der Institute zu schließen, welche in allen gleichmäßig vorkommen. Im Allgemeinen läßt jenes System auf folgende leitende Grundsätze sich zurückführen: Alle Missethaten konnten mit einer in Geld oder Vieh bestehenden Buße gesühnt (komponirt) werden, welche genau vorher bestimmt war und sich nach der Größe der Verletzung richtete. [2]) Ein Theil dieser Buße fiel an den Richter, den größten Antheil aber erhielt der Verletzte oder dessen Familie. [3]) Eine Folge dieses Systems war es denn, daß nur der äußerlich wahrnehmbare Schaden, nicht der Wille und die geistige Schuld des Verbrechers in Betracht kamen. — Neben dieser Ablösung kömmt aber auch das Recht des Verletzten vor, sich selbst zu helfen, ja sogar den Friedbrecher bis in den Tod zu verfolgen und an ihm eine Blutrache zu nehmen, [4]) ein Recht, welches vornämlich bei Tödtungen

---

vischen Sagen sind für den Zweck der ältesten Geschichte des deutschen Strafrechts noch gar nicht benutzt. Eine wichtige hieher gehörende Schrift ist P. E. Müller (Prof. zu Kopenhagen) Sagaenbibliothek des Skandinavischen Alterthums, in Auszügen, mit litterarischen Nachweisungen. Aus der Dänischen Handschrift übersetzt von Dr. K. Lachmann. Berlin 1816.

2) *Tacitus* Germania c. 21. Luitur — etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus.

3) *Tacitus* Germ. c. 12. Sed et levioribus delictis, pro modo, poena. Equorum pecorumque numero convicti mulctantur, pars mulctae regi, vel civitati, pars ipsi, qui vindicatur, vel propinquis ejus exsolvitur.

4) *Tacitus* Germ. c. 21. Suscipere tam inimicitias seu Patris seu propinqui, quam amicitias necesse est. Nec impla-

und in dem Falle zur Anwendung gekommen zu seyn scheint, wo der Verbrecher nicht im Stande war, sein Leben mit Gelde zu lösen. [5]) Jedoch werden auch schon in ganz alter Zeit gewisse Verbrechen genannt, wegen welcher eine öffentliche, — vielleicht gar nicht ablösliche — Strafe statt fand. [6])

---

cabiles durant. — Die Blutrache ist den Orientalischen Völkern nicht unbekannt und findet sich z. B. bei den Hebräern und Arabern; (S. Welcker die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe. S. 300 und 301. und Ewers das älteste Recht der Russen. Dorpat 1826. S. 50. 103. 109. 114. 213. 220. 228.)

5) Aus den Volksrechten läßt sich eine ganz uneingeschränkte Willkühr des Verletzten, beliebig den Friedbrecher entweder zu tödten oder zu beklagen, nicht nachweisen. Nur in einzelnen Fällen wird ausdrücklich des Fehderechts Erwähnung gethan und dasselbe der gesetzlichen Composition entgegen gesetzt. (So z. B. Lex Frisionum Tit. II. §. 1. *Walter* Corp. jur. germ. antiq. T. I. p. 354.) Dagegen läßt es sich nicht bezweifeln, daß das Unvermögen oder die absichtliche Weigerung des Friedbrechers die Buße zu bezahlen, ihn der Rache des Verletzten bloß stellten. Ein Beispiel hiervon bietet das in dem Angelsächsischen Rechte vorkommende Sprüchwort dar: „Kauf den Speer von der Seite oder trage die Fehde" (Leges Edowardi Confessoris c. 12. Parentibus occisi fiat emendatio aut guerra eorum portetur unde anglice Proverbium — — — eme lanceam a latere aut fer. S. G. Phillips Versuch einer Darstellung der Geschichte des Angelsächsischen Rechts. Göttingen 1825. S. 102. Note 307.) Auch noch in einem friesischen Rechtsbuche aus ziemlich später Zeit, (es hat seine jetzige Gestalt im 16ten Jahrhundert erhalten,) findet sich der Grundsatz, daß das Unvermögen des Friedbrechers die Buße zu bezahlen, den Tod desselben nach sich zieht, in seiner vollesten Ausdehnung. S. v. Wicht Ostfriesisches Land-, Deich- und Siehlrecht, übersetzt und historisch kritisch erläutert. Aurich 1746. Buch III. c. 14. Wie man Blut mit Blute gelten soll. Erschlägt ein Mann den andern, und kann ihn nicht bezahlen, so soll er das mit seinem Halse büßen. Ist Landrechtens.

6) *Tacitus* Germania c. 12. Licet apud concilium accusare quoque et discrimen capitis intendere. Distinctio poenarum

Dunkel ist es bei diesen spärlichen Nachrichten vornämlich, in welchem Zusammenhange das Strafrecht mit der Gewalt der Priester gestanden habe, auf welche unzweideutige Spuren hinweisen, [7]) und wie das Fehderecht des Einzelnen sich zum Volksfrieden der Landsgemeinde verhalten habe. [8]) Mehr Licht erhalten wir besonders in Hinsicht

---

ex delicto. Proditores et transfugas arboribus suspendunt, ignavos et imbelles et corpore infames, coeno ac palude, injecta insuper crate mergunt. Diversitas supplicii illuc respicit, tamquam scelera ostendi oporteat, dum puniuntur, flagitia abscondi.

7) *Tacitus* l. c. c. 7. Ceterum neque animadvertere neque vincire, ne verberare quidem, *nisi sacerdotibus permissum*, non quasi in poenam nec ducis jussu sed velut Deo imperante, quem adesse bellantibus credunt. Unter den vielen obwohl sehr zerstreuten Spuren, welche auf den Zusammenhang des altgermanischen Strafrechts mit der alten Volksreligion hinweisen, führen wir hier als Beispiel nur folgende an: *Lex Frisionum* Additio Sapientum Tit. XII. De honore templorum. Qui fanum effregerit, et ibi aliquid de sacris tulerit, ducitur ad mare et in sabulo, quod accessus maris operire solet, finduntur aures ejus, et castratur, *et immolatur Diis, quorum templa violavit.* (*Walter* l. c. T. I. p. 374.) vergl. auch Dreyer, Abhandlung von dem Nutzen der heidnischen Gottesgelahrtheit in seiner Sammlung vermischter Abhandlungen. Bd. II. Num. I.

8) Die Ansicht daß in dem ältesten Zustande des germanischen gesellschaftlichen Lebens jeder Freie haben thun dürfen wozu er den Willen und mit Hülfe seiner Verwandten und Freunde die Kraft hatte, und daß der eigentliche Zweck eines alten Germanischen Volksgerichts die bloße Versöhnung und Friedensvermittelung gewesen sey, (S. Rogge Ueber das Gerichtswesen der Germanen. Halle 1820. S. 1. S. 23. S. 24. Note 35.) läßt sich schwerlich in ihrer ganzen Ausdehnung rechtfertigen. In der faktischen und rechtlichen Befugniß der Volksgemeinde die Acht über den Friedbrecher zu verhängen lag ein Mittel des Zwanges und eine exekutive Gewalt. S. hierüber Phillips a. a. O. S. 112. Note 314 und 256. S. Lex Salica Tit. LVII. §. V. Si quis corpus jam sepultum effoderit,

dieses letzten Punktes nur, wenn wir aus den Volksrechten der einzelnen deutschen Stämme, in denen wir die oben geschilderten Grundsätze wieder antreffen, in der früher entwickelten Weise ein gemeinschaftliches Prinzip abzuleiten versuchen. [9]) Die Basis des ganzen strafrechtlichen Systems

---

aut expoliaverit, *Wargus sit*, hoc est, *expulsus de eodem pago, usque dum parentibus defuncti convenerit, ut et ipsi parentes rogati sint pro eo, ut liceat ei infra patriam esse, et quicunque antea panem aut hospitalitatem ei dederit, etiam si uxor ejus hoc fecerit DC den. qui faciunt sol XV. culp. judic.* Hierin liegt augenscheinlich mehr als eine bloße schiedsrichterliche Gewalt. — Wie ließe sich auch mit der Annahme daß dem Beleidigten schlechthin die freie Wahl zwischen der Fehde und der Klage frei gestanden habe der Umstand vereinigen, daß die Bußen so genau bestimmt waren? Und wie paßt zu einer bloß schiedsrichterlichen Gewalt der ganze Apparat des ganzen germanischen Gerichtswesens? Würde endlich nicht aus jener Annahme folgen, daß der Verletzte auch wegen jeder noch so kleinen Verwundung, wegen jedes Schimpfwortes und wegen jedes unbedeutenden Diebstahles würde ebenfalls die Fehde haben erheben können, — eine Folgerung die sich, wenn man sich die germanische Freiheit des Individuums als etwas ganz Unbeschränktes denkt, eben so wenig abweisen als durch irgend eine Beweisstelle aus den Quellen rechtfertigen läßt.

9) Diese Volksrechte finden sich gesammelt in *F. Walter* Corpus Juris Germanici antiqui Tom. I. P. I. Legem Salicam, Ripuariorum, Alamannorum, Bajuvariorum, Burgundionum, Frisionum, Angliorum et Werinorum, Saxonum et Edictum Theodorici continens. Ferner sind als besonders wichtig für das altgermanische Strafrechtsystem zu nennen: G. Phillips Versuch einer Darstellung der Gesch. d. Angelsächs. Rechtes s. o. T. D. Wiarda Asega-Buch ein Alt-Friesisches Gesetzbuch der Rüstringer. Herausgegeben übersetzt und erläutert. Berlin und Stettin 1805. Wicht Ostfries. Land-, Deich- und Siehl-Recht s. o. Note 5. K. Schildener Guta-Lagh das ist der Insel Gothland altes Rechtsbuch. In der Ursprache und einer wiederaufgefundenen altdeutschen Uebersetzung herausgegeben und mit einer neudeutschen Uebersetzung nebst Anmerkungen versehen. Greifswald 1818. T. D. Wiarda, Willkühren

wie der gesammten gesellschaftlichen Verfassung der germanischen Völker war der Frieden, der entweder ein gemeiner oder ein besonderer war. Den gemeinen Frieden kann man am besten durch den allgemeinen rechtlichen Schutz definiren, in welchem jedes Mitglied der Volksgemeinde mit Leib, Leben und Gut stand, der ihn nicht verwirkt und sich desselben verlustig gemacht hatte. Besondern Frieden hatten alle Personen, Orte und Sachen, die auf Ehrfurcht oder Mitleid besondern Anspruch hatten. [10]) Gesichert war der Frieden durch den Bann [11]) der sobald sich die Verfassung zur monarchischen gestaltet hatte von dem Regenten ausging. Dieses ist ein dem Frieden korrespondirender Begriff, oder die zwingende Gewalt die dem Frieden schützend zur Seite steht. — Dafür wird an den Richter dem der Bann verliehen ist, ein Fredum oder Friedensgeld bezahlt, wenn der Verletzte seine Buße empfängt. — Das Verhältniß des Privatfehde- und Racherechts zu diesem Friedenszustande scheint aber, ehe die königliche Gewalt es mehr und mehr abzuschaffen suchte, folgendes gewesen zu seyn. — Der Einzelne, der sich im Volksfrieden befand, war zunächst gesichert durch die Buße, welche auf seine Verletzung gesetzt war. Je mehr er des Schutzes bedurfte desto größer war meistentheils seine Buße. [12]) Verletzte er aber einen Andern so hatte er in

---

der Brockmänner, eines freien friesischen Volkes. Herausgegeben, übersetzt und erläutert. Berlin 1820.

10) Ueber den Frieden s. Rogge a. a. O. S. 29. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 18. Möser, Osnabrückische Geschichte Th. 1. S. 26. u. f. f. Phillips a. a. O. S. 79.

11) S. E. Montag, Geschichte der deutschen staatsbürgerlichen Freiheit. Band I. Th. 1. S. 92.

12) Wenn Rogge's Ansicht die richtige wäre, und das Sühn-

der Regel ein Recht, sich gegen des Verletzten Fehde und Rache durch Bezahlung der gesetzlichen Buße sicher zu stellen. — Nur gewisse Fälle, welche als Ausnahme von der Regel betrachtet werden können, fanden statt, wo diese gesetzliche Buße nicht festgesetzt und wo es rein in des Verletzten Belieben gestellt war, dieselbe so hoch als er wollte zu bestimmen, [13]) folglich, was sich unmittelbar hieraus ergiebt, auch gar keine Buße anzunehmen, sondern die Fehde und eigene Rache vorzuziehen. — Eben dieselbe scheint ferner eingetreten zu seyn wenn der Friedbrecher, besonders im Falle einer Tödtung, auf der handhaften That, durch welche er sich außerhalb des Friedens gesetzt hatte, ergriffen wurde. [14]) — In diesem Falle konnte der Tod-

---

geld sich lediglich nach der Gewalt gerichtet hätte, die dem Verletzten zu Gebote stand, um sich zu rächen und diese das alleinige Prinzip des Compositionsystems gewesen wäre, so wäre es schlechterdings nicht zu erklären, warum in den Volksrechtrn meistentheils Weiber eine doppelte Buße hatten. — (S. hierüber Rogge a. a. O. S. 14. Note 23.)

13) *Lex Frisionum* Tit. II. De Foresni §. 1. Si nobilis per ingenium alio homini ad occidendum exposuerit, et is qui eum occidit, patria relicta profugerit, qui eum exposuit tertiam partem leudis componat. §. 2. Si vero homicida non fugerit, *nihil solvat*, *sed tantum inimicitias propinquorum hominis occisi patiatur*, *donec quomodo potuerit*, *eorum amicitiam adipiscatur*. (*Walter* Corp. jur. germ. l. c. p. 354.)

14) v. Wicht, Ostfriesisches Land-, Deich- und Siehl-Recht Buch III. c. 4. Der vierte Doem ist, wenn ein Mann den andern aus Jähzorn tödtlich verwundet oder erschläget und des Todten Verwandte ihn darüber ergreifen und wieder todt schlagen, so lieget der eine todte Hals gegen den andern. Bieten aber er und seine Verwandten Buße für den Erschlagenen, (wahrscheinlich in dem Falle wo der Friedbrecher entkam und nicht auf der handhaften That ergriffen wurde,) so sollen sie büßen innerhalb Jahr und Tag u. s. w.

schläger, ohne daß ein neuer Friedensbruch begangen wurde, von den Verwandten des Getödteten erschlagen werden, entfloh er aber so hatte er an gewissen Orten, Sicherheit und Frieden. [15]) Auch hatte er, wenn er nicht auf der handhaften That erschlagen wurde, eine bestimmte Zeit hindurch Frieden, während welcher er des Verletzten Rache abkaufen konnte, [16]) wobei denn zuweilen auch auf den

---

15) Asega-Buch a. a. O. S. 256. §. 5. — — Allwo ein reicher Mann einen andern erschlägt, und diese That zu einer rechten Mörderhand gemacht wird, will er denn innerhalb der sechs Wochen den Leib mit Wehrgeld und mit Friedensgeld nicht bekennen, wo man ihn denn ertappet im Dorfe oder auf dem Felde, im Hofe oder Hause, und ihm wird sein Leben genommen, so soll der Leib friedlos seyn und der Hals soll liegen gegen den andern. Flüchtet er auch in ein Haus und man ihn daraus ohne Hausbruch und ohne Brand nicht holen kann, der da bricht oder brennt, hat den Schaden und Nachtheil mit einfacher Buße so als der Richter es bewährt. (Vergl. *Lex Frisionum* Additio Sapientum Tit. I. de pace faidosi. §. 1. Homo faidosus pacem habeat in Ecclesia, in domo sua ad ecclesiam eundo, de Ecclesia redeundo, ad placitum eundo, de placito redeundo, qui hanc pacem effregegerit, et hominem occiderit novies XXX. solidos componat.) Asega-Buch (S. 94. §. 14. — —) Wo ein Mann so sehr angefochten wird, daß er flüchten muß. Fliehet er denn in ein Haus oder Hof, und er daselbst ausbietet, alles das zu bezahlen, was er verwürket hat, so ist das Alles zwiefache Buße, was man ihm nachher darin thut, und ist das Friedensgeld verwürkt; nnd einfache Buße, alles was er ausfechtet und ohne Friedensgeld, d. h. nach Wiarda's Erklärung: den Schaden, den der Bedrängte bei seiner Vertheidigung anrichtet, komponirt er bloß einfach und zahlt dafür kein Friedensgeld.

16) S. Asega-Buch a. a. O. S. 256. vorige Note. v. Wicht a. a. O. Buch III. c. 14. (Oben Note 14.) Phillips S. 101. (Leg. Edmundi II. 7.) Höchst merkwürdig ist in dieser Beziehung das Guta-Lagh a. a. angef. Orte S. 17. §. 9. Wenn ein Mann verbricht (d. h. Todtschlag begeht) in dem Dorfe, worin jener wohnt, so soll er fliehen von dannen und ziehen anders wo seine Friedensbande, (d. h. er konnte sich einen gewissen Distrikt ausma-

Unterschied zwischen einem Reichen und einem armen Manne gesehen wird. [17]) Wer aber durch die Zahlung der Buße innerhalb der bestimmten Zeit die Fehde des Andern nicht abkaufte, war nicht nur der Rache desselben Preis gegeben, sondern auch friedlos in der Gemeinde [18]), und Niemand

---

chen, in welchem er Frieden hatte,) falls er Frieden haben will, denn sie mögen nicht wohnen in einem Dorfe. — — — §. 11. Die Buße soll er darbieten wenn ein Jahr verstrichen ist, und lasse ja ein Jahr dazwischen seyn und biete die Buße dar dreimal binnen drei Jahren, da denn derjenige wahrlich sey ein ungeschändeter Mann wegen dessen, daß er die Buße annimmt, wenn sie zu allererst geboten wird. §. 12. Wenn er zum ersten oder andern Male die Buße nicht will empfangen, so empfange er sie zur dritten Zeit, wenn drei Jahre vergangen sind. §. 13. Will er sie dann noch nicht empfangen, so soll man sie in das Gericht vor die Gemeinheit bringen und empfange sie demnächst, wenn er will. Will er nicht so soll die Gemeinheit über die Buße verfügen und jener bleibe sonder Schuld.

17) Asega-Buch S. 256. §. 6. — Allwo ein Armer einen Mann tödtet, wird er zur Hand ertappet, so muß er büßen mit dem Halse und sein Leben muß auch friedlos bleiben. — — —

18) Guta Lagh S. 19. §. 12. Wenn ein Mann den Todtschlag nicht will büßen und denn doch verstrichen sind alle die Fristen, so soll ihn das Land verdammen d. i. friedlos richten. — — — — — —. v. Wicht a. a. O. Buch III. c. 9. Wenn ein friedloser Mann an welchem Orte es auch sey, in einem Dorfe oder auf dem Felde, in Bier-Bänken oder auf der Straße erschlagen würde, so soll er ohnbezahlt liegen bleiben, es wäre denn daß er im Kampfe erschlagen würde. (— — d. h. wenn er sich zum gerichtlichen Zweikampfe hatte dingen lassen. S. v. Wicht a. a. O. S. 656.) Asega-Buch a. a. O. S. 256. §. 5. Stünde Jemand dem Todtschläger bei, der ungehorsam ist des Wehrgeldes oder des Friedensgeldes, er sey reich oder arm, wider einige Leute in dem Hause oder draußen, so soll er alles was er gefochten hat, allzusammen büßen und friedigen. — Ebendas. S. 234. §. 3. Wo Jemand einen Mann erschlägt und das nicht gestehen noch sich davon reinigen will, daß er dreißig Mark verwirke, und der ihn darnach in sein Haus aufnimmt, daß der um das Haus sechszig Mark bezahle.

durfte ihm bei eigener Strafe beistehen oder ihn sonst unterstützen oder auch nur aufnehmen. Jene Rache aber erscheint auch noch in spätern nordischen Volksrechten als eine Art Verpflichtung [19]) und trifft nicht bloß den Todschläger sondern auch dessen Verwandte, welche denn ihrerseits auch zur Empfangnahme der Buße berechtigt sind. [20]) — Das Compositionensystem erscheint nun in allen germanischen Volksrechten wieder. Am konsequentesten durchgeführt ist dasselbe in den friesischen Rechtsbüchern, wo eine bis in das genaueste Detail gehende Taxe aller möglichen Verwundungen aufgestellt ist [21]) und jedes einzelne

---

19) Dieses tritt z. B. in dem Guta-Lagh an den angef. Orten hervor, wo sogar von dem der die gesetzliche Buße annahm, gleichsam entschuldigend gesagt wird: „er sey deswegen ein ungeschändeter Mann." — Rache nehmen oder Buße empfangen scheint mithin wenigstens in der Volksmeinung eine durchaus nothwendige Alternative gewesen zu seyn. So heißt es auch Ebendas. S. 20. §. 4. Alle die Erbgut erben sollen — wenn sie wollen rächen für einen jungen Unmündigen, so bleibe das gerochen, das einer von ihnen rächt, er sey männlicher oder weiblicher Verwandschaft. Die Rache bleibt gleich als ob er sie selber gerochen hätte; s. auch über die Geschichte dieser Rache. Ebendas. Note 121. S. 177.

20) Höchst merkwürdig ist in dieser Beziehung *Lex Saxonum* Tit. II. §. V. Litus si per jussum vel consilium domini sui hominem occiderit, ut puta nobilem, dominus compositionem persolvat, vel faidam portet. Si autem absque conscientia domini hoc fecerit, dimittatur a domino, *et vindicetur in illo et aliis septem consanguineis ejus a propinquis occisi.* Ueber die Berechtigung der Verwandten zur Empfangnahme der Buße s. Rogge a. a. O. S. 13. Note 21.

21) *Lex Frisionum* Tit. XXII. de dolg. (Von den Verwundungen) *Walter* l. c. p. 373. Bis zu welcher Consequenz das Compositionensystem ausgebildet wurde zeigt die in v. Wicht Ostfr. Land-, D.- u. S.-R. S. 733. mitgetheilte Tabelle, mit Hülfe welcher die gesetzliche Buße sogleich nach Länge, Breite und Tiefe der Wunden bestimmt werden kann.

Glied seine Buße hat. — Allenthalben wird das Wehrgeld aber nach dem Geburtsstande des Menschen bestimmt, [22]) und das leitende Prinzip wonach die Größe der Buße gesetzt wird, ist die würkliche oder gesetzlich bestimmte [23]) Größe des Schadens, nirgends eine Schätzung des sittlichen Unwerthes der That. [24])

---

22) So z. B. *Lex Salica* Tit. XLIII. §. I. — VIII. (*Walter* l. c. p. 60.) *Lex Bajuvariorum* Tit. III, (l. c. p. 258.) Tit. IV. u. V. (l. c. p. 260.) *Lex Frisionum* Tit. I. (l. c. p. 352.) *Lex Saxonum* Tit. II. (l. c. p. 384.)

23) So bei den Injurien, wo ebenfalls für die einzelnen Schimpfwörter verschieden bestimmte Compositionensätze vorkommen. *Lex Salica* Tit. XXXII. (*Walter* l. c. p. 46.) und LXVII. (ibid. p. 85.)

24) In dieser Beziehung darf der Umstand nicht verschwiegen werden daß einige Spuren darauf hinweisen, daß Verbrechen aus reiner Unvorsichtigkeit begangen zwar auch auf die gesetzliche Weise gebüßt werden mußten, daß aber hier das Recht des Verletzten oder seiner Familie blutige Rache zu nehmen nicht statt fand; der Fall mithin gar nicht als eigentlicher Friedensbruch angesehen wurde. *Lex Saxonum* Tit. XII. §. V. Si ferrum manu elapsum. hominem percusserit, ab eo, cujus manum fugerat, componatur, *excepta faida.* (Walter l. c. p. 388.) Daß dieses ein allgemeines germanisches Prinzip gewesen, beweisen auch folgende Stellen aus andern Volksrechten. *Edictum Rotharis* c. LXXV. (Walter l. c. p. 693.) c. CXXXVIII. (Walter l. c. p. 698.) Lex Angliorum et Werinorum Tit. X. c. 8. (l. c. p. 380). Hiermit korrespondirt auch die in einigen Rechtsbüchern in solchen Fällen hervortretende Befreiung vom Friedensgelde. Wiarda Willküren der Brockmänner §. 182. S. 152. Alle wider Willen geschehene Thaten, die von Thieren, im Spiel oder hinter dem Rücken (unversehens) gethan, sollen mit vollem Gelde und voller Buße, aber mit keinem Friedensgelde bezahlt werden. (Wegen anderer friesischer Rechtsbücher die denselben Satz enthalten. S. Ebendas. Note 2.)

§. 5.

Veränderungen des germanischen Straffystems im Mittelalter.

Es erhellt von selbst, daß in dem eben geschilderten System, welches mit dem gesammten sittlichen und politischen Zustande der Deutschen Volksstämme auf das innigste verwebt ist, das Strafrecht auf einer sehr niedrigen Entwickelungsstufe [1]) steht und daß bei steigender Ausbildung der staatsgesellschaftlichen Verhältnisse und sittlich-religiöser Veredlung des Volks sich nothwendig jenes System ändern mußte. Dieses ist denn auch würklich, aber erst allmählig im Laufe eines Jahrtausends, geschehen und die Geschichte des Deutschen Strafrechts im Mittelalter (d. h. von der Bekehrung der Deutschen Volksstämme zum Christenthume bis zur Abfassung der peinl. Hals-Gerichts-Ordnung Kaiser Karl's V.) ist ein Kampf altgermanischer Prinzipien mit einer ihnen durchaus entgegengesetzten Grundansicht über das Strafrecht. — Die Gründe dieser Umgestaltung lassen sich aber auf die Ausbildung der Monarchie und den Einfluß des Christenthums zurückführen. Als nämlich ein christliches Staatsrecht sich anfing zu entwickeln, konnte die Lehre: „daß es das Amt der christlichen Könige sey das Unrecht zu strafen" [2]) nicht ohne den wichtigsten Einfluß

---

1) Auch in jenem Racherechte und der Nothwendigkeit Buße zu empfangen oder Rache zu nehmen, — der rohesten und bloß subjektiven Form des Strafrechts, liegt ein dunkles Bewußtseyn des Menschen, von der Nothwendigkeit, daß das Unrecht aufgehoben und durch die Strafe getilgt werden müsse.

2) Die Ansichten der christlichen Kirche sprechen sich in folgenden Stellen kirchlicher Schriftsteller aus, und wurden durch den christlichen Clerus hierhin verpflanzt. Hieronymus sagt: (c. 23. C. XXIII. qu. 5) *Regum officium est proprium facere* judicium et justitiam. — — c. 28. ibid. Non est crudelis qui

auf die Gestaltung des Strafrechts bleiben. Man fing an von jenem Prinzip der Privatrache zurückzukommen und die Strafe als etwas um der Gerechtigkeit willen Noth-

---

crudeles jugulat, sed crudelis ideo vocatur quod crudelis patientibus esse videtur. c. 29. ibid. *Qui malos percutit in eo, quod mali sunt et habet vasa interfectionis ut occidat pessimos, minister est Domini.* c. 31. *Homicidas et sacrilegos et venenarios punire, non est effusio sanguinis, sed legis ministerium.* — Haymo sagt: (c. 39. ibid.) Sunt quaedam enormia flagitia, quae potius per mundi judices, quam per antistites et rectores ecclesiae vindicantur. — — — — Hujusmodi reos reges et principes mundi damnant. Ergo non sine causa gladium portant, quia talia scelera dijudicant. *Sunt enim maxime constituti propter latrones, homicidas, raptores, ut et illos damnent et alios suo timore compescant.* Cyprianus sagt: (c. 40. ibid.) Rex debet furta cohibere, adulteria punire, impios de terra perdere et pejerantes vivere non sinere. — — — Augustinus: (c. 41. ibid.) Si homicidium est hominem occidere, potest tamen occidere aliquando sine peccato. Nam et miles hostem et *judex vel minister ejus nocentem* — — — non mihi videntur peccare, cum hominem occidunt. — — — *Cum homo juste occiditur lex eum occidit, non tu.* Wie sehr diese Ansichten bei den Fränkischen Königen Eingang fanden, beweisen zahlreiche Stellen in den Kapitularien, wo mitunter sogar ganze Stellen des mosaischen Strafrechts, gleichsam als praktisches Recht, aufgeführt werden. (*Capitular.* Lib. VI. *Walter* Corp. jur. germ. antiq. Tom. II. p. 597.) Schon Childebert, (im Jahre 554.) sieht es als eine Verpflichtung an, den Götzendienst bei Strafe zu verbieten. (*Childeberti* regis constitutio. *Walter* l. c. p. 1.) Auch König Guntram sagt bereits im Jahre 585: (s. *Walter* l. c. S. 3.) Per hoc supernae majestatis auctorem, cujus universa reguntur imperio, placari credimus, si in populo nostro justitiae jura servamus. Von selbst schlossen sich übrigens an diese Ansichten strenge Verordnungen gegen den alten volksthümlichen Götzendienst, welche nicht minder dazu beitrugen dem alten Strafrechte eine neue Gestalt zu geben. — Man hat diese Gesetze und den Geist, aus dem sie hervorgegangen oft getadelt ohne daran zu denken, daß ein uraltes volksthümliches Heidenthum nicht ohne Beihülfe der weltlichen Gewalt entwurzelt werden kann, und ohne zu erwägen, daß die blutigen Gräuel

wendiges anzusehen. [3]) Die königliche Gewalt zeigte das natürliche und wohlbegründete Streben, das Fehderecht und die Selbsthülfe, als mit der Monarchie unverträglich, zu verdrängen und den Volksfrieden mit größerer Strenge zu handhaben [4]), denn dieser war durch die Ausbildung der

---

des heidnischen Dienstes selbst heutzutage, obwohl aus andern Gründen, nicht geduldet werden würden. In der Capitulatio de partibus Saxoniae heißt es: C. IX. Si quis *hominem diabolo sacrificaverit et hostiam more paganorum daemonibus obtulerit, morte moriatur.*

3) Sehr schön sagt das Jütische Lowbuch in der Vorrede: „Das ist des Königs Amt und des Machthabers im Lande, Urtheil zu sprechen und Recht zu thun . . . . und Uebelthäter, welche nicht rechtfertiglich leben wollen zu strafen. Denn indem er Missethäter straft oder tödtet, ist er Gottes Dienstmann und des Rechts Beschützer." Dasselbe Gesetzbuch unterscheidet auch schon richtig die Strafe von der Privatrache II. 88. „Aber der Mann mag nicht seinen Dieb hängen, weil er es auch Rache thut, und wiewohl übel gegen ihn gehandelt ist, soll er doch nicht sein eigner Richter seyn." Decretio *Childeberti* data circa annum DXCV. (*Walter* l. c. p. 10.) De homicidiis vero ita jussimus observari, ut quicunque ausu temerario alium sine causa occiderit, *vitae periculo feriatur, et nullo pretio redemtionis se redimat aut componat. — — — Quia justum est ut qui injuste novit occidere, discat juste morire.* Daß diese und ähnliche Gesetze nichts gegen das volksthümliche Recht vermochten, zeigt die ganze spätere Geschichte. Nur die Tendenz der königlichen Gewalt läßt sich daraus erweisen.

4) *Capitular. lib. III.* (*Walter* l. c. p. 452.) C. 1. De pace admonemus ut omnes qui per aliqua scelera ei rebelles sunt, constringantur. C. 4. De armis infra patriam non portandis, id est, scutis et lanceis et loricis. Si faidosus quis sit, discutiatur tunc quis e duobus contrarius sit ut pacati fiant, et *distringantur ad pacem, etiam si noluerint.* Et si aliter se pacificare nolunt, adducantur in nostram praesentiam. Et si aliquis post pacificationem alterum occiderit, componat illum, et manum quam perjuravit perdat, et insuper *bannum dominicum* solvat.

monarchischen Gewalt ein Königs-Frieden geworden und der Bruch desselben mithin eine Beleidigung des Königs. [5]) Auch der Klerus und das christliche Kirchenrecht selbst trug mittelbar und unmittelbar zur Veränderung jenes germanischen Strafrechts bei, da die eigenmächtige Rache und Gewaltthat, auf welcher dasselbe beruhte oder zu welcher es führte, eben so den christlichen Grundsätzen widersprach, als das heidnische und barbarische System, nach welchem alle Verbrechen und selbst die Tödtung mit Gelde gesühnt werden konnten. [6]) Das christliche Kirchenrecht stellte demselben ein anderes entgegen, das der kirchlichen Buße, welches sich im Laufe der Zeit ebenfalls zu einem konsequenten Detail ausbildete, und auf Grundsätzen beruhete, welche den altgermanischen auf das Entschiedenste gegenüber standen. Hiernach erscheint das Verbrechen als ein Zuwiderhandeln gegen das Gesetz Gottes, die (kirchliche) Strafe als ein zur Versöhnung mit Gott und zur Tilgung der Schuld nothwendiges Leiden. Dieses kirchliche System fand seine Anwendung nicht nur in dem christlichen Institute der Beichte und Buße, wo es zunächst nur den be-

---

5) S. Phillips S. 161. Note 445.

6) Der Klerus nahm sich in jeder Weise des von den Bluträchern Verfolgten an und schirmte denselben auch durch das zu jener Zeit so wohlthätig eingreifende Asylrecht. S. hierüber Schildener Guta-Lagh Note 101. S. 153. — Häufig bezahlte der Klerus auch die Buße oder suchte wenigstens den Frieden zwischen den feindlichen Geschlechtern zu vermitteln. (S. *Gregorius* Turonens. Histor. Francor. Lib. VII. c. 47.) *Marculfi* Formular. Lib. II. c. XVIII. (*Walter* l. c. Tom. III. p. 327.) Dum — — — quod non debueras, germano nostro illo visus es interfecisse, et ob hoc vitae periculum incurrere potueras, *sed intervenientes sacerdotes* et magnificis viris — — — nos ad pacis concordiam ob hoc visi fuerunt revocasse.

rührt, der sich selbst anklagt, sondern die Bischöfe übten auch eine äußere Disziplinagewalt über Geistliche und Laien aus, welche in den Sendgerichten eine von der weltlichen Gewalt anerkannte, beschützte und beförderte Form erhielt. — Der Einfluß derselben hat sich aus dem natürlichen Grunde, weil das kanonische Recht keine Leibes- und Lebensstrafen kennt, welche doch im Mittelalter neben den alten Compositionen die gewöhnlichen waren, nur auf die Grundansicht von Verbrechen und Strafen überhaupt, und auf den Prozeß erstrecken können. Der letztere hat sich vornämlich durch jenen Einfluß des kanonischen Rechts zum inquisitorischen umgestaltet, das positive Detail des eigentlichen Strafrechts hat derselbe weniger berührt. Zu diesen Gründen, welche den Untergang des alten germanischen Strafsystems herbeiführten, kommt noch gegen das Ende des Mittelalters das Eindringen des römischen Rechts, welches indessen, was durchaus nicht übersehen werden darf, bei der gänzlichen Verschiedenheit der staatsrechtlichen Verhältnisse, der Gerichtsverfassung und der herkömmlichen Strafmittel, theils nur mit sehr großen Modifikationen und in einem sehr eingeschränkten Maaße, theils nur durch das Medium der Glossatoren und italiänischen Praktiker, folglich nicht mehr in seiner ursprünglichen Gestalt zur Anwendung kam. Die wichtigste Veränderung, welche, durch das Zusammentreffen der eben aufgeführten Gründe, das Strafrecht in Deutschland erlitt, eine Veränderung, welche zugleich eine der wichtigsten Epochen in der Geschichte desselben bildet, ist die Entstehung der öffentlichen Strafen. Diese haben das Compositionensystem keineswegs plötzlich verdrängt, sondern lange Zeit hindurch neben demselben gegolten und zwar in der Weise, daß sie allenthalben eintraten, wo die alte germanische Buße nicht zur Anwendung

kam. Dieser Zustand zeigt sich zum Theil schon in den Capitularien [7]) und Volksrechten, mehr noch in den Spiegeln und sonstigen Sammlungen des Gewohnheitsrechts, [8]) welche im Mittelalter veranstaltet würden. Der Uebergang vermittelte sich aber in folgender Weise. Schon in der ältesten Zeit trat die Rache an Leib und Leben immer ein, wenn der Verbrecher Buße und Friedensgeld nicht zahlen konnte. War nun der Regent oder der, welcher

---

7). *Walter* Corpus jur. german. antiqui Tomus II. Capitularia regum Francorum usque ad Ludovicum Pium continens, Tomus III. Pars I. Capitularia regum Francorum et imperatorum post Ludovicum pium, formulas Marculfi cum earum Appendice, formulasque Sirmondicas continens.

8) Der Sachsenspiegel, der Schwabenspiegel, das Kaiserrecht, s. Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Landshut 1826. §. 22. 23. Die ältesten Landrechte finden sich aufgeführt Ebendas. §. 25. Eine kritische Ausgabe des Sachsenspiegels hat besorgt L. G. Homeyer der Sachsenspiegel oder das Sächsische Landrecht nach der Berliner Handschrift v. J. 1369 mit Varianten aus siebzehn andern Texten. Berlin 1827. Aus diesem Rechtsbuche zeigt sich auffallend, wie viel noch im 13ten Jahrhundert von dem alten, oben geschilderten Systeme praktisch geblieben war. Das Wehrgeld und die Buße (Composition) kömmt im Sachsenspiegel noch vor; (z. B. Buch II. Art. 14. §. 1. II. 38. II. 65. §. 1.) und Allenthalben wo der Verletzte eine Buße erhält, hat der Richter sein Gewette (das alte Friedensgeld) deran (I. 53. §. 1. III. 32. §. 10.) Neben diesen alten Prinzipien kommen aber auch öffentliche Strafen vor, namentlich Rad und Strang. (III. 13. §. 1 — 7.) Es können aber diese auch noch hier abgekauft werden (III. 13. §. 1. I. 38. §. 1. I. 65. §. 2.) wiewohl der, welcher Leib oder Hand mit Gelde lediget, rechtlos bleibt. Wer den Friedbrecher auf der That oder auf der Flucht der That tödtet bleibt ohne Wandel, d. h. er darf weder Buße noch Wette bezahlen. (II. 69.) Auch die alte Friedlosigkeit kömmt als Acht und Verfestung vor. (I. 68. §. 1. I. 70. §. 3. I. 67. §. 2.) Wer den verfesteten Mann wissentlich beherberget muß darum Wette bezahlen. (III. 23.)

von ihm den Blutbann hatte, Schutzherr des Friedens geworden, so war hiermit, besonders wenn die öffentliche Anklage im Namen des Regenten angestellt war [9]), auch auf ihn die Befugniß übergegangen, denjenigen hinrichten zu lassen, der den öffentlichen Frieden gebrochen hatte, und sich mit Gelde nicht lösen konnte, ein Fall der sich um so häufiger ereignen mußte, weil die meisten Verbrecher gewöhnlich den ärmern Volksklassen angehören. — Außerdem wurden, was auch schon in der ältesten Zeit vorgekommen war, manche Verbrechen wegen ihrer politischen Wichtigkeit und weil sie sich unmittelbar auf die Staatsverfassung bezogen, mit dem Tode bedroht; [10]) andere aber, durch den Einfluß der oben geschilderten strengeren Grundsätze, wurden für unablösbar erklärt, [11]) welches die Obrigkeit um so leichter durchführen konnte, als sie bei jedem Verbrechen ihr Friedensgeld, eben so wie der Ver-

---

9) S. Phillips a. a. O. S. 161. Note 445. S. Biener Beiträge u. s. w. S. 140 — 142.

10) So heißt es z. B. schon in der *Lex Saxonum*: (Tit. III. §. 1.) Qui regnum vel regem Francorum vel filios ejus, de morte consiliatus fuerit, *capite puniatur.* — (*Walter* l. c. Tom. I. p. 385.) Lex *Bajuvariarum* Tit. II. Cap. I. §. III. Ut nullus liber Bajuvarius alodem aut vitam sine capitali crimine perdat, **i. e. si aut in necem ducis consiliatus fuerit, aut** inimicos in provinciam invitaverit, aut civitatem capere ab extraneis machinaverit, et exinde probatus inventus fuerit, tunc in Ducis sit potestate vita ipsius et omnes res ejus et patrimonium. §. IV. Cetera vero quaecunque commiserit peccata, quousque habet substantiam, componat secundum legem.

11) So sagt z. B. das Ostfriesische Landrecht: (v. Wicht a. a. O. l. III. c. 17.) Wer einen Todtschlag begehet mit Vorsatze und wohlbedachtem Muthe, der ist ein Mörder, und mag seinen Hals mit Gelde nicht lösen. weder von denen Verwandten, noch dem Landesherrn. —

letzte seine Buße, zu fordern hatte. Zuweilen [12]) geschah dieses in der Weise, daß es in des Landesherrn Belieben gestellt wurde, Lösegeld anzunehmen oder nicht, oder es wurde, was der Sache nach dasselbe ist, die Größe des Gewettes der Bestimmung des Landesherrn überlassen. — Hiermit war aber das was früher ein Recht gewesen, — nämlich die Möglichkeit sich loszukaufen — eine Gnade geworden, welche dann späterhin in unser heutiges Strafmilderungs- und Begnadigungsrecht überging. [13]) Aus diesen Verhält-

---

12) Einen merkwürdigen Beitrag zu dieser Geschichte des Ueberganges der Compositionen in öffentliche Strafen liefert namentlich folgende Stelle des Ostfries. Landrechts: (v. Wicht a. a. O. S. 676.) „Ob es nun wohl eine Gewohnheit ist, daß man seinen Hals mit Gelde lösen solle und möge, wenn man einen Menschen erschlagen hat, — — — so taugen dennoch solche Statuten nicht, da man vorher wissen kann, wie man eines Menschen Leben bezahlen möge, maßen solches Ursache zu Todtschlägen geben kann. Allermaßen sich übermüthige Leute finden, welche, wenn sie nur ihren Willen, einen Menschen zu erschlagen ausüben mögen, des Geldes nicht achten. Derohalben die Gesetze viel besser eingerichtet seyn, wenn man aus denenselben nicht weiß, mit wie viel Geld man seinen Hals lösen sondern daß, wenn ein Mensch erschlagen ist, man es dahin gestellt seyn lasse, ob und welcher gestalt der Thäter von dem Landesherrn oder deren Verwandten seinen Frieden bedingen und seinen Hals lösen könne. Wollen nun der Landesherr oder die Verwandte durch das Wehrgeld sich nicht abfinden lassen, so soll der Thäter des Todes schuldig seyn. Und auf solche Art, da der Todtschläger nicht wissen kann, ob er seinen Hals mit Gelde lösen könne oder nicht, ist er behutsamer aus Liebe zu seinem in Gefahr schwebenden Leben eine solche Missethat zu verüben." — S. ferner hierüber des Verfassers Ausführung in Hitzig Zeitschrift für die Criminalrechtspflege in den Preußischen Staaten. Berlin 1826. 7tes Heft. S. 139.

13) Nordfriesisches Landrecht von 1558 (bei Dreyer Sammlung vermischter Abhandlungen S. 517.) Art. 71. Item wenn ein Dodtschlag unverwahrens edder uth unumbgenglicker bewißlicher Nothwehr geschehen wurde, unde deraver von der Averigheit

nissen erklärt es sich denn aber auch, warum im Mittelalter so häufig dem Verbrecher die Alternative gestellt wird: zu bezahlen oder die Strafe an Leib und Leben zu tragen, [14]) und wie überhaupt die Möglichkeit vorkommen konnte sich von der letztern loszukaufen. — Mit allen diesen Modifikationen aber und neben der veränderten Grundansicht vom Strafrechte überhaupt konnte die Verpflichtung der Verwandten des Friedbrechers, die Rache der Verwandten des Getödteten oder Verletzten zu tragen oder für diesen die Buße zu bezahlen, nicht länger bestehen, und es finden sich häufig positive Vorschriften der Regenten, welche dieselbe aufzuheben suchen. [15])

§. 6.

Zustand des deutschen Strafrechts gegen das Ende des Mittelalters vor Abfassung der Carolina.

Durch diese allmählige Veränderung der alten Prinzipien war gegen das Ende des Mittelalters und namentlich im 15ten Jahrhundert ein eigenthümlich gemischter

---

tho Gnaden genehmen wurde, edder wo sonst Jemandt uth erheflicken Ohrsacken by F. G. unde der Averigheit tho Gnaden kahmen wurde, desülve scholl dem Mann, na oldem Landrechte bethalen, unde de rechte Erven de Bothe nehmen unde Böhren.

14) Quod quis non habet in aere luat in corpore.

15) Eins der ältesten Beispiele ist die Aufhebung der Chrenechruda von Childebert II. i. J. 595. Decretio Childeberti regis §. XV. (*Walter* l. c. T. II. p. 11.) De chrenechruda lex, quam paganorum tempore observabant, deinceps nusquam valeat, quia per ipsam cecidit multorum potestas. Ueber das merkwürdige Institut selbst, s. Lex Salica Tit. LXI. (*Walter* T. I. p. 81.)

Zustand des deutschen Strafrechts herbeigeführt. [1]) — Die alten Compositionen waren keineswegs gänzlich verdrängt, sondern noch im 16ten Jahrhundert finden sich zahlreiche Spuren und Reste jenes Systems im nördlichen Deutschlande [2]) vor, wo dieselben überhaupt mit größerer Anhänglichkeit festgehalten wurden als in den südlichen Ländern. In diesen dagegen scheint schon frühzeitig ein strengeres Strafrecht, nämlich Strafe an Leib und Leben ausgedehntere Anwendung erhalten zu haben, [3]) welche theils nach dem Geiste der Zeit, theils deswegen mitunter hart und

---

1) S. über den Zustand des Strafrechts jener Zeit vornämlich: J. Fr. Malblank Geschichte der Peinl. Gerichts-Ordnung Kaiser Karls V. von ihrer Entstehung und ihren weitern Schicksalen bis auf unsre Zeit. Nürnberg 1783. 8. Ch. *Thomasius* D. de occasione, conceptione ac intentione constitutionis Crim. Carol. Halae 1711. 4to. Mittermaier, Ueber die neuaufgefundene Halsgerichtsordnung von 1506, für die Stadt Ratolphzell. Mit Bemerkungen über die Benutzung alter Rechtsquellen zum Studium der Carolina. Im Neuen Archiv des Criminalrechts Band IX. Heft 1. S. 44. F. J. Lipowsky Geschichte des baierschen Criminalrechts. München 1803. S. 30 — 86.

2) So namentlich das oben angeführte Ostfriesische Land-, Deich- und Siehlrecht, herausgegeben von v. Wicht. Wendisch-rügianischer Landbrauch gesammelt von Norman, herausgegeben von Gadebusch, Stralsund 1777. Nordfriesisches Landrecht von 1558 bei Dreyer Sammlung vermischter Abhandlungen S. 517.

3) Dieses spricht sich schon im Schwabenspiegel und Kaiserrecht, mehr noch in dem Baierischen Rechtsbuche Ruprechts von Freisingen (herausgegeben von L. Westenrieder. München 1802.) und in den spätern Stadtrechten, Reformationen, Landrechten u. s. w. aus jenem Theile Deutschlands aus. Notizen über diese letztern finden sich bei Mittermaier (a. a. O. s. Note 1.) Jedoch dauerte auch noch in der Schweiz und in Schwaben die Composition für die Tödtung ziemlich lange fort.

grausam waren, [4]) weil den damaligen Richtern andere Strafmittel nicht zu Gebote standen, und deshalb eine Abstufung der Leibes- und Lebensstrafe durch die Qualifikation derselben bewirkt werden mußte. — Der Zustand des Strafrechts bot daher nach zwei verschiedenen Seiten Stoff zur Klage dar; einestheils nämlich mußten von dem strengern Standpunkte aus betrachtet, die Ueberreste des alten Compositionensystems immer als Mißbrauch erscheinen. Auf der andern Seite wußten aber auch die Schöffen jener Zeit, mit den strengern Strafen nicht recht umzugehen [5]) und es waren dieselben, in den Händen von Menschen, welche zum großen Theile den untersten Klassen des Volkes angehörten, [6]) und denen allgemeine Grundsätze über den Maaßstab der Strafbarkeit, die Schwere des Verbrechens, die Zurechnungsfähigkeit, über den Vorsatz, und die Fahrlässigkeit völlig fremd waren, immer ein um so gefährlicheres Werkzeug, — als das bisherige oder frühere deutsche Gewohnheitsrecht nicht nur keine Quelle darbot, aus der sich jene allgemeinen Grundsätze ableiten ließen, sondern

---

4) Bei den harten Strafen des Mittelalters darf man nicht vergessen, theils daß die rechtliche Möglichkeit des Abkaufens derselben vorhanden war, theils daß einzelne hin- und wieder erwähnte Grausamkeiten nicht als ordentliche Strafen, sondern nach dem Berichte der Chroniken nur selten und ausnahmsweise zur Anwendung gekommen sind. S. Mittermaier a. a. O. S. 51. und 52. J. L. H. Dreyer, Antiquarische Anmerkungen über einige in dem mittlern Zeitalter in Deutschland und im Norden üblich gewesene Lebens-, Leibes- und Ehrenstrafen. Lübeck 1792.

5) Das geht z. B. hervor aus der C. C. C. Art. 148. Auch der Art. 150. beklagt sich darüber „daß die Urtheyler den Unterschied jeder Sach nit hören und bewegen, das ist eine große Thorheit u. s. w.

6) S. z. B. Bambergensis Art. 2.

vielmehr, bloß das Materielle berücksichtigend, Grundsätze aufstellte, die dem neuen Systeme, welches auf den Willen sah, entschieden gegenüber standen, und mithin da sie ohne Zweifel in der Erinnerung des Volkes fortlebten, nur verwirrend auf die Rechtspraxis jener Zeit einwürken konnten. [7])

---

7) Cantzow (Pomerania oder Ursprunck, Altheit und Geschicht der Völcker und Lande, Pommern, Caßuben, Wenden, Stettin, Rhügen u. s. w. Band 2. S. 448.) erzählt folgende Geschichte, welche jene Verwirrung in den Grundsätzen und die Vermischung des altdeutschen Systems, mit den spätern Begriffen von öffentlicher Strafe schlagend beweist: „Es ist vor kurtzen Jaren (etwa in den siebenziger Jahren des 15ten Jahrhunderts) ein merkliches da (in Colberg) geschehen, das ich nicht unterlassen khan anzuzeigen, beide, darumb das man sehe, wie sich meyterey in den stetten erstrecken khan, wie auch das auffruhr seltzamer weise gestraffet wirt. Es seint lange jare her zwei geschlechte die gewaltigsten zu Colberge gewest, als die Schlieffen und die Adebare. Deren seint ungefherlich vor sechzigk jaren oder mehr, zwei junge bürger gewest, als Benedictus Adebar, der doctoris Martinus Carit's, welcher darnach bischoff zu Camin gewesen, schwester zur ehe hatte, und Niclas Schlieff, Peter Schlieffs sohn, deren zuvor meldung geschehen. Dieselbigen hielten sich wie brüder vnter einander. So begab es sich einmal, daß sie sampt anderer gesellschaft auf einen abend beide zusammen gezechet hatten, und Schlieff guter Zeit heimgingk und sich zu bette legte, und etwa eine Stunde darnach Adebar jm folgete und für seine thür klopffete. So hörete Schlieff das er's war und stund selbst auff im hembde, und wollte jm einlassen. So hörete Adebar, das er kham, und stach mit seinem Schwerte schwerdte durch die thüre und wollte Schlieffen erschrecken; und wie schlieff im finstern zulieff, das er die thüre auffmachen wollte, lief er ins schwerdt. So machte er dennoch auff, und schrye laut vber Adebaren, das er jne so hart erstochen hatte. So erschrack Adebar hart, und verstopffet jme von stunde an die wunde und führt jme zum artzten, und entschuldigte sich sehr gegen jme, das ers aus keinem bösen gemüte, sondern aus fürwitz gethan. So lies sich Schlieff verbinden, aber empfand sich sehr vbel. Darumb warnete er Adebar, das er möchte weichen, den er vertrawete sich nicht lebendig zu pleiben; wo jne denn seine Freuntschafft erhaschete, müste er widder sterben, welches er jme denn

Unter diesen Umständen war es denn das römische Recht, welches dem von selbst entstehenden Bedürfnisse allein abzuhelfen im Stande war, und die Doktoren desselben hätten keinen Eingang in die deutschen Gerichten gefunden, wenn nicht jenes fremde System grade das geliefert hätte, was dem damaligen deutschen Rechtszustande gebrach. Daraus erklärt es sich denn wie man im 15ten Jahrhundert das „Kaiserrecht" für eine Quelle des praktischen Rechts ansehen konnte, [8]) aber es erhellt auch warum dasselbe nur

---

nicht gerne gönnete. Adebar mühete sich hart, sonderlich das er also widder alle seinen willen seinen gutten gesellen in todesgeffar und sich auch in sorge gepracht und verstach sich, den er khonte in der nacht nicht aus der stat khomen. Schlieff starb balde darnach, darvmb suchte Schlieffen freuntschaft so fleißig nach Adebar, das sie im funden und ins gefenknüß setzten. So hette doctor Martinus Carit und die andere freuntschaft Adebar's viel bitte und mühe umb Adebar, das er mochte auff gebürichen abtrag los werden. Das wollte die freuntschafft nicht thun, sondern ließen Adebaren für Gerichte bringen und zum totte verurtheilen. Als er aber verurteilet wurde, wolte jne Schlieffen freuntschafft losgeben, damit das man sage, das sie jme recht das lebend geschenckt hatten. Das wollte der Adebar und die freuntschafft nicht annehmen, denn sie ließen sich bedünken, ein verurteileter were weiter lebends nicht wert. Darvmb ging Adebar freyes muths hin und sagte: er wolle viel lieber bei seinem gutten gesellen und bruder dem erschlagenen Schlieff sein, wie länger leben. — Aber damit er nicht wie ein mistheter gefhüret würde, muste jne der nachrichter und seine diener nicht anrhüren, sondern er gincK selbst gutwilligcK, und der rat und die gantze stat beleidete jne und betrübeten sich seinethalben. So hatte Adebar eine schwester im Jungfrauenkloster zu Colberge, die war eptissin; dieselbe ergriff ein Crucifix und trat für jme her und sterckete jne, und sagte: er sollte auf got travven und in seinem glauben sterben. Also khom er außer der stat; da wurde jme gegunt, das er auff einen kirchhoff gincK, daselbst lies er sich abhawen."

8) Die Einführung des römischen Rechts in Deutschland geschah bekanntlich ohne eine Publikation von oben herab, und machte

als Hülfsrecht und nur insofern angewendet wurde, als die schon vorhandenen Gewohnheiten und das lebendige Recht der damaligen Zeit eines solchen bedurften. Dieses Verhältniß, wie es uns heutzutage klar wird, wenn wir jene Zeit als eine abgeschlossene und historisch gewordene betrachten, ist aber von den damals Lebenden, die in den Interessen ihrer Gegenwart befangen waren, nicht in dieser Weise aufgefaßt; hier erscheinen die Anhänger des Deutschen Rechts als entschiedene Feinde der Neuerung, von der sie, auch wohl nicht ohne Grund, eine weiter eingreifende Umwälzung der Verfassung besorgen mochten. [9]) Die römischen Juristen aber verkennen ebenfalls das wahre Bedürfniß der Zeit und verkündigen das in Italien erlernte System zum Theil auf eine ganz geistlose Weise und zeigen schon durch den Ausdruck, indem sie oft die Stellen der römischen Schriftsteller wörtlich übersetzen, daß ihnen der eigenthümliche Geist des römischen Rechts durchaus fremd geblieben. [10])

---

sich, nachdem einmal jenes Bedürfniß vorhanden war, von selbst. Anfangs nur von einzelnen Juristen als Quelle citirt, gewann dasselbe nach und nach ein solches Ansehn in der Meinung derselben, daß auch die höchsten Reichsgerichte stillschweigend die praktische Gültigkeit desselben voraussetzten und es als Norm der Entscheidung anerkannten. Beispiele davon finden sich in Haltaus Glossarium s. v. Gemein-Recht (p. 643.) Gemein geschrieben Recht (p. 644.) Gemein Kaiserlich-Recht (p. 646.) Gemein Reichs-Recht (ibid.) Kaiser-Recht S. 1077. Schon im Eide der Kammergerichtsbeisitzer von 1495 wird auf das „gemeine Recht" verwiesen. S. A. R. *Frey* Observationes ad Juris criminalis Teutonici praesertim Caroli V. Const. Crim. Historiam, Heidelb. 1825. S. 40 — 44.

9) S. z. B. *Frey*, l. c. S. 42. Note 2. Vergl. auch Mittermaier Grundsätze des gem. deut. Privatrechts. §. 3.

10) Kurz vor dem Erscheinen der Carolina versuchten mehrere

Neben diesen durch den Gang der Geschichte des Rechts nothwendig herbeigeführten Reibungen zweier Systeme, waren in dieser spätern Periode des Mittelalters einige andre Uebelstände vorhanden, welche den Zustand der Criminalrechtspflege zu einem höchst mangelhaften und gefährlichen machten. Es gebrach in vielen Gegenden und lange Zeiträume hindurch fast gänzlich an einer öffentlichen Gewalt, die den Frieden im Lande aufrecht zu erhalten im Stande gewesen wäre, wovon die Anarchie des Faustrechts die nothwendige Folge war. [11]) Diesem Uebel konnten die von Zeit zu Zeit errichteten Landfrieden [12]) und der von

---

Römische Juristen in Deutschland, die Grundsätze des fremden Rechts denen des Rechts unerfahrnen Laien verständlich zu machen. Dahin gehören: Friedrich Riederer Spiegel der wahren Rhetorik uß M. Tullio C. und andern geteuscht, mit ihren Gliedern, klugen Reden, Handbriefen und Formen mancher Contrakt seltzsam regulirets, titschts und nutzbar exemplirt, mit Fugen uff gottlich und kaiserlich Schrift und Rechte gegründet. — Vormalen in gemein nie gesehen, itzt löblich ußgangen, — — durch Fried. Riederer versammelt. Gedruckt 1493. Fol. (S. über den Werth dieses Buches Malblank a. a. O. S. 100.) Ulrich Tengler Laienspiegel von rechtmäßigen Ordnungen in bürgerlichen und peinlichen Regimenten. Augsburg von Hans Otmar 1509. Fol. (vergl. Malblank a. a. O. S. 103 — 109. Biener a. a. O. S. 147.) Der Richterlich Klagspiegel durch Doktorem Sebastian Brand wieder durchsichtigt und mit mehrerm Fleiß zum Theil gebessert. Strasburg, Fol. zuerst gedruckt 1516. (Malblank S. 109 — 102. Biener a. a. O. S. 148.) Ueber die Formularbücher des 16ten Jahrhunderts s. Mittermaier a a. O. §. 27.

11) Die Fehde war eine rechtliche Befugniß des Adels, sofern nur drei Tage vorher abgesagt war, s. Eichhorn a. a. O. §. 379. Note h.

12) S. hierüber Ph. *Datt* de pace imperii publica, wo eine Menge von Fehdebriefen gesammelt ist. *Pfeffinger Vitriarius* illustratus Lib. I. tit. 2.

der Kirche ausgehende Gottesfrieden, [13]) nur einen schwachen Damm entgegen setzen, und erst der kräftigen Regierung Maximilian's I. gelang es, mehr Sicherheit und Ordnung in die Verfassung des Reichs zu bringen. [14]) Zu diesen Gebrechen des politischen Zustandes gesellten sich auch besondere Mängel des Gerichtswesens, besonders der Reichsjustiz, Eigennutz der Gerichtsherren, [15]) Excesse der Femgerichte, [16]) vornämlich aber die schreienden Mängel des Prozesses, [17]) — wo aus ähnlichen Gründen wie im ma-

---

13) Die Kirche benutzte ihren Einfluß dazu, das Unheil der Fehden wenigstens zu mildern, da sie dieselben ganz abzuschaffen nicht im Stande war. Der Gottesfrieden (treuga dei) welcher die vier letzten Tage der Woche für heilig und befriedet erklärt, war anfänglich nur ein partielles Institut und galt besonders im südlichen Frankreich; unter Alexander III. (1179) wurde aber das Verbot der Fehde an jenen Tagen und andern heiligen Zeiten zum allgemeinen Gesetz in der Christenheit erhoben und der Uebertreter mit der Strafe des Kirchenbannes bedroht. Derselbe Frieden der Kirche schützte auch alle Cleriker, und alle Ackersleute; ja selbst die Thiere mit denen die letztern den Boden bestellten. c. 1. und 2. X. (de Treuga et Pace) I. 34. — Diese kirchlichen Bestimmungen gingen in das Gewohnheitsrecht über und finden sich daher auch in den weltlichen Rechtsbüchern verzeichnet. (Sachsenspiegel B. II. art. 66.)

14) Ueber den Landfrieden zu Worms, das Reichskammergericht und die Kreiseintheilung Deutschlands, s. Eichhorn §. 409.

15) Die Urtheile der Zeitgenossen Seb. Brand und Ulrich Zasius, s. bei Malblank a. a. O. S. 44. und 45.

16) Die Geschichte der Femgerichte behandelt das klassische Werk von P. Wigand Das Femgericht Westphalens aus den Quellen dargestellt und mit noch ungedruckten Urkunden erläutert. Hamm 1825.

17) Malblank a. a. O. S. 58 — 86. Die Richter der damaligen Zeit wußten sich des, ohnehin so gefährlichen, Mittels der Tortur eben so wenig zu bedienen als der öffentlichen Strafen. Bei

teriellen Rechte die Unsicherheit in der Rechtspflege Härte und Grausamkeit erzeugte, — welche im ganzen Reiche den lauten Wunsch nach einer von Reichs wegen zu veranstaltenden Verbesserung des Strafjustizwesens hervorriefen. [18])

§. 7.

Von der peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karl's V.

Das Bedürfniß nach einer Verbesserung des so eben geschilderten Zustandes der Strafrechtspflege hätte noch lange unbefriedigt bleiben können, wenn sich nicht, unter Maximilian's I. Regierung, zwei glückliche Gaben, — eine einfache verständige Einsicht in die Verhältnisse, gleich weit entfernt vom blinden Hasse gegen jede wahre und nothwendige Heilung würklicher Gebrechen, wie von geistloser Verbesserungswuth und Vorliebe für die Neuerung, und eine — in Deutschland nicht alltägliche — Fähigkeit des legislativen Ausdrucks, in einem Manne vereinigt hätten, die ihn fähig machten auf dem Felde der Criminalgesetzgebung ein Werk zu liefern, welches seinen Namen verewigt hat. — Es war dieses der Freiherr Johann von Schwarzenberg und Hohenlandsberg. [1]) Erzogen

---

diesen mangelten ihnen richtige allgemeine Grundsätze über Verbrechen und Strafen überhaupt, dort eine logische Theorie des Beweises, vornämlich des Indizienbeweises.

18) S. namentlich die vielen Beschwerden des Reichskammergerichts über den schlechten Zustand der Strafjustiz bei Malblank. S. 174 — 189.

1) Geboren den 24sten Dezember 1463. gestorben den 20sten Oktober 1528. Ueber sein Leben s. Malblank a. a. O. S. 112 — 137, namentlich die S. 113 das. angeführten Schriftsteller. Böhmer Handbuch der Litteratur des Crim.-Rechts §. 16. Die beste Schrift über Schwarzenberg ist: Joh. Freih. v. Schwar-

in den ritterlichen Leibesübungen der damaligen Zeit, erwarb er keine gelehrten Kenntnisse und sogar die lateinische Sprache blieb ihm fremd, aber als Landhofmeister des Bischofs von Bamberg [2]) hatte er Gelegenheit, frühzeitig vielfache Geschichtskenntniß und tiefe Einsicht in die Justizverwaltung zu gewinnen und sich mit dem Gange der Reichstagsgeschäfte bekannt zu machen. Auch ersetzte er die Lücken, die seine Erziehung in seinen Kenntnissen gelassen hatte, durch seinen eignen Fleiß und den Mangel der Kenntniß der lateinischen Sprache durch Uebersetzungen verschiedener Schriften Cicero's, welche er durch Andere anfertigen ließ und selbst in besseres Deutsch brachte. Durch dieses Hülfsmittel wurde er nicht nur selbst mit dem Geiste der Alten bekannt, sondern er verdankte vielleicht auch dieser Uebung im Deutschschreiben die große Fähigkeit des schriftlichen Ausdrucks in seiner Muttersprache. — Sein erstes Werk im Felde der Criminalgesetzgebung war die, noch in Diensten des Bischofs von Bamberg (1507) verfertigte, Bambergische Halsgerichtsordnung. [3]) Seine

---

zenberg, — — zween sehr merkwürdige Briefe, nebst einer kurzen Nachricht von dessen Leben und Schriften. Altdorf 1773. 8. 32 S. Ein Auszug aus derselben steht in Plitt Repertorium des peinl. Rechts. Band II. S. 327.

2) Im Jahre 1524 verließ er, wegen seiner Hinneigung zu Luthers Person und Lehre, die Dienste des geistlichen Fürsten, und trat in die des Markgrafen von Brandenburg-Culmbach.

3) S. Malblank a. a. O. S. 135 — 171. Die erste Ausgabe der Bambergensis erschien 1507 zu Bamberg bei Hans Pfeyll unter dem Titel: Bambergisch Halß gerichtsordnung. Die spätern führen den Titel: Halß gerichts und Rechtlich Ordnung in peinlichen Sachen zu voteferen und so weiter. Ueber die spätern Ausgaben s. Roßhirt Beiträge zum Römischen Rechte und

Absicht hierbei war, den Schöffen der damaligen Zeit eine populäre Anweisung zur Justizverwaltung an die Hand zu geben und mithin bloß das Vorhandene einfach, klar und kurz zusammen zu stellen, nicht aber eine eigentlich neue Gesetzgebung zu liefern. [4]) Deshalb hat er denn auch bei die-

---

Römisch-Teutschen Criminal-Rechte 1stes Heft. Heidelberg 1820. S. 113. ff. desselben Lehrbuch des Criminalrechts §. 4. a. E. Desselben Aufsatz: Johann v. Schwarzenberg in seiner Beziehung zur Bambergensis und Carolina, im Neuen Archiv des Cr. R. Band IX. Heft 2. S. 234. und 244 — 246. Abgedruckt ist die Bambergensis u. a. hinter Böhmer's Meditationes in C. C. C. und in Ludovici's Commentar über die C. C. C.

4) Es scheint wohl gewiß zu seyn, daß Schwarzenberg die Bambergische Halsgerichtsordnung, wie seine übrigen Werke mit Rath und Beihülfe gelehrter Freunde verfertigte, aber auf der andern Seite dürfte die Meinung, daß er nicht als der eigentliche Verfasser des Werkes anzusehen sey, zu gewagt seyn. Aufgestellt ist dieselbe schon früher von Walch und Beemann, zuletzt von Roßhirt (Lehrb. §. 4. Note 2. N. A. des Crim. Rechts a. oben angef. O. S. 238.), widersprochen wird ihr von Malblank a. a. O. S. 192. Note a. Daß Tenglers Laienspiegel, der zwei Jahre später als die Bambergensis erschien, nicht die Quelle derselben gewesen seyn könne, beweist Feuerbach in Grolmann's Biblioth. f. d. peinl. Rechtsw. Bd. II. T. 1. S. 146 — 162. Ob Schwarzenberg die vom Kaiser Maximilian I. 1499 für die Grafschaft Tyrol erlassene Criminalordnung benutzt habe, läßt sich bei dem Mangel aller nähern Nachrichten weder entschieden läugnen noch behaupten. (Martin Lehrb. des Crim. R. S. 4. Note 6. hat zuerst auf dieses Gesetz hingewiesen.) Roßhirt Beiträge u. s. w. Heft I. S. 111. stellt die Verbindung zwischen dieser und der Bambergischen Halsgerichtsordnung in Abrede, dagegen bemerkt Mittermaier über die neuaufgefundene Hals-Ger.-Ord. v. 1506. f. d. Stadt Ratolphzell (N. A. des Cr. R. Bd. IX. Heft 1. S. 44 u. 45.) daß die Hals-Ger.-Ord. von Ratolphzell mit der für die Grafschaft Tyrol auf Genaueste, mit Ausnahme einiger nicht wesentlicher Punkte übereinstimme, die Tyroler Hals-Ger.-Ord. mithin nicht mehr isolirt dastehe, welcher Grund allerdings für die Ansicht von Martin zu sprechen scheint. Die Widerlegung der Ansicht von Kreß,

ser Arbeit alle vorhandenen Elemente des damaligen Rechtszustandes, die vorhandenen Formelbücher, die fremden Rechtsbücher, die alten Klassiker, so wie die deutschen Gewohnheiten und die bestehende Rechtspraxis seiner Zeit benutzt und mit richtigem Takte zu einem Ganzen verarbeitet. Wie zeitgemäß die bambergische Halsgerichtsordnung gewesen und wie sehr sie einem wirklich vorhandenen Bedürfnisse entsprochen habe, beweist die Aufnahme, welche sie in Deutschland fand. Schon im folgenden Jahre erschienen drei Ausgaben derselben, [5]) dann wurde sie 1516 in den Landen der Markgrafen Georg und Casimir als Brandenburgische Halsgerichtsordnung publizirt, [6]) und endlich mit mehreren Veränderungen und nach langwierigen Reichstagsverhandlungen zum Reichsgesetze erhoben. [7]) Schon 1496 wurde nämlich auf dem Reichstage zu Freiburg auf die Beschwerden des Reichskammergerichts über schlechte Justiz in den Reichslanden der Schluß gefaßt, die Sache bis zur nächsten Versammlung in Deliberation zu nehmen; im Jahre 1500 auf dem Reichstage zu Augsburg wurde beschlossen „daß das verordnete Reichsregiment, mit sammt

---

daß die gemeinschaftliche Quelle der Bambergensis und der C. C. C. ein unter Maximilian I. verfertigter Entwurf einer Peinl. Ger. Ord. gewesen, s. bei Malblank S. 190 — 195.

5) Roßhirt a. a. O. N. A. Bd. IX. St. 2. S. 244.

6) Peinliche Hals-Gerichtsordnung der — Fürsten Georg und Casimir Marggraven zu Brandenburg. — — — Nürnberg bei Jobst Gutknecht 1516. Eine Reformation derselben von 1582 steht hinter Böhmer's Meditationes in C. C. C. abgedruckt. Ueber die verschiedenen Ausgaben s. Roßhirt a. a. O. N. A. Bd. IX. St. 2. S. 245. 246.

7) Die Geschichte dieser Reichstagsverhandlungen s. bei Malblank S. 172 — 190.

dem Kammergericht, nach Erkundigung der Landgewohnheit und Gebrauch, in solchem eine ziemliche Reformation und Ordnung vornehmen, machen und allenthalben ausschreiben und verkünden solle.“ [8]) Aber erst nachdem wiederholentlich auf mehreren Reichstagen die Sache ohne Erfolg in Anregung gebracht war, wurde 1521 auf dem Reichstage zu Worms ein Entwurf einer P. G. O. übergeben, welcher aber mit der Bambergensis völlig übereinstimmte, und es wurde dem Reichsregiment, dessen Mitglied Schwarzenberg war, der Auftrag ertheilt, darüber weiter zu rathschlagen. Eben dieses, inzwischen aber von dem Reichsregimente revidirte, Projekt wurde abermals dem Reichstage zu Speyer 1529 übergeben, aber erst im Jahre 1532, nachdem die von mehreren Reichsständen erhobenen Schwierigkeiten beseitigt waren, [9]) unter dem Namen:

„Des allerdurchleuchtigsten, großmechtigsten, unüberwintlichsten, Kaiser Karls V. und des heiligen Römischen [10]) Reichs peinlich gerichts ordnung“

---

8) Malblank a. a. O. S. 175. Daß Kammergericht zeigte dem Reichstage an: „daß täglich wider Fürsten, Reichsstädt oder ander Oberkeit, in Klagweiß — — angebracht würde, daß sie die Leut unverschuld, ohn Recht und redliche Ursachen zum Tod verurtheilen und richten lassen haben sollen“ und daß denn „durch die Freunde Rechts wider dieselben begehrt“ würde.

9) Ueber die Protestationen der Reichsstände s. Malblank S. 196. und Kreß Vorrede zu seinem Commentar der C. C. C. §. 21. Sachsen wollte namentlich den Gebrauch des Sachsenspiegels nicht aufgeben. — Die der Vorrede der C. C. C. angehängte s. g. clausula salvatoria lautet: Doch wollen wir durch diese gnädige erinnerung, Churfürsten, Fürsten und Stenden, an iren alten wohlhergebrachten, rechtmessigen und billichen gebreuchen, nichts benommen haben.

10) Welche die älteste Ausgabe der C. C. C. sey, ist bestritten. Einige halten die bei Ivo Schöffer zu Meyntz hornung

als allgemeines Reichsgesetz publizirt. Dieses stimmt fast

1533 erschienene für die älteste (s. Koch in der Vorrede zu seiner Ausgabe der C. C. C. §. 5. 6. u. A. m.), Andere dagegen glauben die älteste Ausgabe sey im Jahre 1532, aber ohne Angabe des Jahrs, erschienen. (s. S. F. v. Böhmer Vorrede zu seinen Meditationes in C. C. C. S. XI.) Malblank a. a. O. S. 202. getraut sich den Streit nicht zu entscheiden, hält aber die Meinung von Böhmer für die wahrscheinlichere. Da die Varianten nur einfache Druckfehler betreffen, und sämmtliche bei Ivo Schöffer mit kaiserlichem Privilegio erschienenen Ausgaben authentisch sind, dürfte der Streit wohl unnütz seyn. (s. Wächter Lehrbuch Th. I. S. 16. Koch Vorrede a. a. O. S. 25) G. W. Böhmer (über die authentischen Ausgaben der Carolina, nebst Ankündigung einer Ausgabe der letzten Hand u. s. w. Göttingen 1818. 4.) behauptet die älteste Ausgabe (von 1532) sey verloren gegangen. Unter den Ausgaben der C. C. C. ist die beste von: J. C. Koch Hals oder Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. u. s. w. nebst dem Horixischen Programma: wahre Veranlassung der P. H. G. O. und einer Vorrede u. s. w. zuerst Gießen 1769 dann oft aufgelegt, zuletzt Marburg 1820. — Ueber die sonstigen sehr zahlreichen Ausgaben, s. Böhmer Handbuch der Litteratur des Crim.-Rechts. S. 42 — 52. und Koch Vorrede a. a. O. S. 13 — 26. Unter den vielen Commentaren zur C. C. C. sind als besonders wichtig zu nennen: J. F. *Ludovici* Caroli V. — — — Constitutiones Criminales vulgo die Peinliche Halsgerichts-Ordnung cum notis practicis. — Accessit Mater Carolinae Ordinat. Crim. Bamb. cum remissionib. ad Sororem Carolinae ordinat. Brandenb. Halae 1716. J. P. *Kreſs* Commentatio succincta in Constitutionem Criminalem Caroli V. etc. Hannov. 1721. 4o. S. F. de *Böhmer* Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam Halae Magdeb. 1770. 4o. Zu den Hülfsmitteln zum bessern Verständniß der C. C. C. gehören: *Augustissimi* Imperatoris Caroli V. de capitalibus judiciis constitutio germanice primum evulgata, nuncque a D. *Justino Goblero* Goarino Jurecons. in latinum versa et aequo commentario aucta. Basil. 1543. Fol. *Nemesis Karulina* D. Karuli V. P. P. Aug. Invict. sacrique Imp. Romani ordinum leges capitales a *Georgio Remo* paraphrasi expositae et scholiis auctae. Herborn. 1594. 8vo. (Die erste dieser Uebersetzung ist schlecht, die zweite eine gute in

gänzlich mit der Bambergensis überein, [11]) und was oben über die Quellen und Tendenz dieser Gesetzgebung gesagt ist, gilt demnach auch von jener. — Der wahre Werth dieser Gesetzgebung [12]) ist oft verkannt worden. Merkwürdig genug ist es, daß die C. C. C., wie jedes menschliche Werk was lange dauern und einen großen Einfluß gewinnen soll, nur einen unscheinbaren Anfang gehabt, [13]) und von den Zeitgenossen nicht eben mit übertriebenen Lobsprüchen aufgenommen ist. [14]) Auch noch später als die C. C. C. durch ganz Deutschland praktische Gültigkeit erhalten hatte, fällten gelehrte Juristen oft ganz unverständige Urtheile über dieselbe, [15]) am wenigsten entsprach sie den Modeabstraktionen des vorigen Jahrhunderts. — Eine rich-

---

zierlichem Latein verfaßte Paraphrase. Ueber beide s. Koch a. a. O. S. 41 — 56. Malblank S. 216.) Ueber die Uebersetzungen der Carolina in's Französische und Holländische s. Koch a. a. O. S. 56 — 58. Ein wichtiges philosophisches Hülfsmittel zum Verständniß der C. C. C. ist endlich: C. F. *Walchii* Glossarium Germ. interpretationi C. C. C. inserviens. (Praemissa est in ejusdem legis lectionem introductio.) Jen. 1790. 8vo.

11) S. über die Uebereinstimmung und Verschiedenheit beider Gesetzgebungen Malblank a. a. O. S. 203.

12) Vergl. hierüber Henke Geschichte u. s. w. Bd. II. S. 18 — 131. Henke Handbuch u. s. w. Bd. I. S. 40 und 41. Malblank a. a. O. S. 143 — 171.

13) Mehrere kurz nach der C. C. C. erschienene Schriften über das Strafrecht, nehmen nicht einmal Notiz von ihr. Malblank a. a. O. S. 212 und 213.

14) Auch nach der C. C. C. dauern die Spuren des alt-germanischen Strafsystems in Deutschland noch fort, vergl. Mittermaier im N. A. des Cr. R. Bd. IX. Stck 1. S. 70. Malblank a. a. O. S. 216.

15) Dergleichen finden sich angeführt bei Malblank a. a. O. S. 210. und Koch a. a. O. S. 7.

tigere Würdigung dürfte wohl unsrer Zeit vorbehalten seyn, die so manche gesetzgeberische Versuche, oft schnell hintereinander und spurlos an sich vorübergehen sah, und der es mithin am Stoffe zur Vergleichung mit jenem Werke nicht gebricht, von dem wenigstens das Faktum nicht geläugnet werden kann, daß es mehrere Jahrhunderte hindurch seinen praktischen Werth behauptet und die Grundlage aller spätern Entwickelungen des Strafrechts in Deutschland geworden ist. — Betrachten wir also, — wie es nothwendig bei der Beurtheilung jeder Gesetzgebung geschehen muß, — die P. H. G. O. Karls V. im Zusammenhange mit der Zeit, in welcher sie entstand, so dürfte es wohl nicht zu viel behauptet seyn, wenn man dieselbe als ein Meisterwerk im Felde der Criminallegislation anerkennt, wie es deren in Deutschland nicht viele giebt. Ihre eigenthümlichen Vorzüge bestehen aber darin, daß jener Kampf der widerstrebenden Elemente des bisherigen Rechtszustandes (§. 6. oben) hier auf eine großartige Weise in der Art entschieden ist, daß das in Deutschland bestehende Recht in so weit es die einzelnen Verbrechen betrifft, meistentheils anerkannt, in Beziehung auf die allgemeinen Lehren aber auf das ausgebildete und reichhaltige römische Recht (zunächst auf den Rath der Rechtsverständigen) verwiesen wird; [16]) — daß mithin das zur damaligen Zeit unmittelbar Nothwendige mit tiefer praktischer Einsicht in die Verhältnisse und das Wesen des positiven Rechts festgestellt, und daß das bisher Geltende nicht etwa vernichtet und abgeschafft, sondern mit Ausscheidung des offenbar Abgestorbenen, [17]) aus

---

16) S. z. B. Art. 146. wo von den kulposen Tödtungen, Art. 150. von dem entschuldbaren Todschlage gesprochen wird.

17) Als solches erscheint namentlich das Compositionensystem.

den vereinzelt dastehenden, nicht gehörig verarbeiteten Massen des einheimischen und fremden Rechts, ein wohlgeordnetes Ganze erbaut ist. Daher wird denn auch der Richter von diesen frühern Quellen, aus denen der Gesetzgeber selbst geschöpft hat, nicht, wie es die neuere Ansicht über die Gesetzgebung fordert abgeschnitten, — und, — was die vorzüglichste Seite der C. C. C. seyn dürfte, — dadurch und durch die richtige Auffassung des wahren Verhältnisses der Theorie und Praxis zum geschriebenen Rechte, in das Gesetz selbst ein Keim der Fortbildung gelegt, dessen keine Gesetzgebung ermangeln darf, wenn sie würklich sich auf eine längere Zeit erhalten und praktisch bleiben will. Es zieht sich nämlich durch jene ganze Gesetzgebung die Ansicht, daß Theorie und Praxis, welche durch die Rechtsverständigen und Schöffenstühle repräsentirt werden, an deren Rath die C. C. C. Richter und Schöffen so oft verweist, nothwendig, als ergänzende unsichtbare Stücke, die durch den Buchstaben nicht fixirt werden können, zum geschriebenen Gesetze gehören und daß aus diesen drei Theilen, das ganze lebendige Recht bestehe, — eine Ansicht, die lange verkannt und erst in den neuesten Zeiten wieder geltend gemacht ist, dem damaligen Gesetzgeber aber, dem sämmtliche moderne Theorieen fremd waren, so natürlich und sich von selbst verstehend erschien, daß er, weil er den Gegensatz nicht kannte, gewiß nicht ahnete, in welchem Grade sein Gesichtspunkt der richtige ist. An diese Grundansicht schließt sich dann auch das richtige Erkennen des richterlichen Amts, wonach der Richter nicht ein Sklave des geschriebenen Buchstabens seyn, sondern in den Geist, die Analogie und Consequenz des Gesetzes eingehend, dasselbe frei und bewußt als ein lebendiges Recht handhaben soll. — Endlich ist es in neuester Zeit auch anerkannt

worden, daß Deutschland noch kein andres Gesetzeswerk besitzt, welches sich mit der C. C. C. in Hinsicht ihrer edeln, würdigen Sprache messen könnte. — Wenn diese Vorzüge der C. C. C. einen bleibenden Werth sichern, der sie des ernsten Studiums der jetzigen und spätern Zeit würdig macht, so gehört dagegen das positive Detail derselben, namentlich die Bestimmungen über die einzelnen Verbrechen und Strafmittel, lediglich der damaligen Zeit, über welche der Gesetzgeber nicht hinausgehen konnte und wollte, an, und hierin hat, wie natürlich, die C. C. C. nur relatives Verdienst und relative Schattenseiten. Jenes positive Detail ist deshalb jetzt, nach drei Jahrhunderten und für unsre durchaus veränderte Zeit, wie es dort vorliegt, schlechthin unbrauchbar, aber ein wahrhaft philosophisch-historischer Sinn, der der Individualität jeder historischen Erscheinung ihr Recht widerfahren läßt, legt nicht den Maaßstab moderner Theorieen, die ohnedies so häufig doch nur Abstraktionen, aus dem bei uns, würklich oder in der Meinung, Herrschenden und Gewöhnlichen sind, an die fremde Eigenthümlichkeit, und hält die Gegenwart im Vergleich mit der Vergangenheit nicht für etwas unübertrefflich Vortreffliches.

Die frühern und spätern vom Reiche ausgehenden Gesetze, haben zwar eine große historische Bedeutung, aber sie haben neben der Territorialgesetzgebung und der Praxis, aus Gründen die in der spätern Geschichte des deutschen Strafrechts liegen, lange nicht die Wichtigkeit erhalten als die C. C. C. [18])

18) C. F. Gerstlacher Handbuch der teutschen Reichsgesetze Th. XI. Stuttgart 1793. 8. v. Wendt Grundriß zu vergleichender Darstellung des Criminalrechts. Nürnberg 1825. S. 4. u. 5.

§. 8.

Vom römischen Rechte.

Das römische Recht erscheint aus den oben angeführten Gründen als eine wichtige Hülfsquelle des gemeinen Deutschen Rechts, dessen Gültigkeit in Deutschland jedoch vielen Einschränkungen unterliegt. Im Allgemeinen kann man in dieser Beziehung den Satz aufstellen, daß es nur in soweit gilt, als seine Reception durch den Gerichtsgebrauch würklich nachgewiesen werden kann, indem das Römische Recht bei seiner Aufnahme schon einen Rechtszustand vorfand, auf den es freilich einen sehr wichtigen Einfluß gewann, den es aber nicht gänzlich abzuschaffen im Stande war. Auch wurde es ja wie oben bemerkt nur in sofern rezipirt, als würklich das Bedürfniß einer solchen Aushülfe vorhanden war. — In seiner äußern Form ist das römische Strafrecht, wie es in den Sammlungen Justinian's vorliegt, ein Aggregat von Rechtsnormen, welche im Laufe einer Reihe von Jahrhunderten, von den XII Tafeln bis auf Justinian, unter den verschiedenartigsten politischen Zuständen und Verhältnissen, wie das temporäre praktische Bedürfniß sie hervorrief, entstanden, und keineswegs aus einem Gusse hervorgegangen sind. Die Geschichte dieser Quellen und die einzelnen Bestandtheile derselben sind dieselben wie im römischen Privatrechte. [1]) Sie bilden keinen, nach unsern heutigen Anfor-

---

1) S. besonders *J. G. Heineccii* Antiquitatum Romanarum Jurisprudentiam illustrantium Syntagma, — edid. *C. G. Haubold* Francof. ad Moen. 1822. p. 616 — 653. p. 741 — 808. C. A. W. Schröter Handbuch des peinlichen Rechts nach röm. canon. und deut. Reichs-Gesch. in ihrer heutigen Anwendung. Bd. I. Leipzig 1818. S. 5 — 15. *J. F. H. Abegg* De antiquissimo Romanorum Jure Criminali. Commentatio I Regiomonti 1823.

derungen geordneten Strafkodex, sondern indem mehrere Verbrechen, die bei uns ungetheilt dem Strafrechte angehören, wie Raub und Diebstahl, dort auf das Gebiet des Privatrechts gestellt sind, sind die eigentlichen Verbrechen, welche nach der römischen Gerichtsverfassung als solche erscheinen, in einer Reihe von Gesetzen und Senatsbeschlüssen behandelt, die mit ihren besondern Namen, die sich auf ihren historischen Ursprung beziehen in das neueste römische Recht übergegangen sind, [2]) und hieran schließen sich dann die spätern kaiserlichen Constitutionen, das Edikt des Prätors und die Bearbeitung der Juristen an. — Das gesammte römische Strafrecht ist aber, wie überhaupt das Strafrecht eines jeden Volks mit dem übrigen Recht desselben ein Ganzes bildet, auf's genaueste mit der römischen Staats- und Gerichtsverfassung zusammengewachsen, es wird ergänzt durch Institute die dem römischen Volksleben allein eigenthümlich waren, (wie z. B. die Censur und das Verhältniß des Hausherrn zur Familie und zu den Unfreien,) und überall setzt es das gesammte Gebäude des rein-römischen Privatrechts voraus. Weil aber weder die römische Staatsverfassung und das dortige Gerichtswesen, noch auch das Leben und die Eigenthümlichkeit des Volks nach Deutschland verpflanzt wurden, weil selbst das Privatrecht nur mit großen Modifikationen aufgenommen

---

S. auch die Compendien der Rechtsgeschichte von Hugo, Bach und Schweppe an den betreffenden Stellen.

2) Daher die Namen der meisten Pandektentitel im 48sten Buche, welche übrigens nicht aus den einzelnen Gesetzen selbst, sondern nur aus Fragmenten von Schriftstellern über jene Gesetze bestehen. Aus diesem Umstande erhellt genugsam die Wichtigkeit, welche Theorie und Praxis im lebendigen Rechte der Römer neben dem geschriebenen Gesetze hatten.

wurde, und weil endlich namentlich das Strafrecht erst durch die Behandlung der Glossatoren und italiänischen Praktiker in Deutschland bekannt wurde, unter deren Händen es nothwendig große Veränderungen erleiden mußte, [3]) so leuchtet von selbst ein, wie wenig in unserm gemeinen deutschen Strafrechte, von einer uneingeschränkten Anwendbarkeit der römischen Quellen, wie sie vorliegen, die Rede seyn kann. — Hauptsächlich sind es die allgemeinen Lehren gewesen, die man im römischen Rechte fand, oder darin zu finden glaubte, welche eine ausgedehnte praktische Wichtigkeit erhielten. — Ueber diese und die Grundansicht welche sich durch das ganze römische Strafrecht durchzieht, genüge hier nur die allgemeine Bemerkung, [4]) daß das römische Recht, (im Gegensatze mit dem altgermanischen Compositionensysteme, welches zunächst nur die materielle Seite des Verbrechens auffaßt), hauptsächlich auf den Willen des Menschen Rücksicht nimmt, daß es in dieser Hinsicht aber nicht sowohl ein höheres sittliches Prinzip als Basis voraussetzt, [5]) son-

---

3) Auf den italiänischen Praktikern ruht unmittelbar Carpzov's Behandlung des Strafrechts. Schätzbare Winke über die Geschichte des römischen Strafrechts im spätern Mittelalter enthält Biener a. a. O. S. 78 — 119. vergl. auch Kleinschrod im Aelt. Archiv des Crim.-R. Bd. I. Stck 1. S. 167 u. ff.

4) Eine nähere Charakteristik desselben wird sich aus dem ergeben, was unten bei den einzelnen Lehren des allgemeinen Theils und den einzelnen Verbrechen über das römische Recht bemerkt werden wird.

5) Erst unter den christlichen Kaisern zeigt sich in einigen Verordnungen der Einfluß des Christenthums. Den Eltern wurde die Gewalt über Leben und Tod der Kinder und die Befugniß dieselben zu verkaufen entzogen (c. unic. C. Theod. IX. 15. c. 1. C. Theod. III. 3. c. 1. u. 2. C. Theod. XI. 27.) Den Herren wurde die Befugniß entzogen ihre Sklaven mit Strafen zu belegen, die dem Leben und der Gesundheit derselben gefährlich werden konnten. (c. 1. u.

dern daß bei ihm nur die politische Seite des Strafrechts das Vorwiegende ist. [6])

---

2. C. Theod. IX. 12.) Die Strafe des Brandmarkens im Gesicht wurde abgeschafft, um das Ebenbild Gottes den Menschen, auch im Verbrecher zu ehren, (c. 2. C. Theod. IX. 40.) und Christen durften den wilden Thieren nicht mehr vorgeworfen werden. (c. 8. 11. C. Yheod. IX. 40.) Ueberhaupt wurden diese blutigen Spiele auf die Ermahnungen der christlichen Bischöfe ganz abgeschafft. — Auf der andern Seite war es aber, nach dem natürlichen Laufe der Dinge und der Verfassung des römischen Reiches unter den Kaisern, nicht anders möglich, als daß die Kaiser, die so lange das Christenthum blutdürstig verfolgt hatten, jetzt, nachdem die christliche Religion, die des Hofes geworden war, sehr harte Strafen gegen Heiden und Ketzer erließen.

6) Außer vielen einzelnen Stellen, die durch alle Theile des corpus juris civilis zerstreut sind, gehören in das Strafrecht besonders folgende Titel und Bücher: Die fünf ersten und der achtzehnte Titel des vierten Buchs der Institutionen, das 47ste und 48ste Buch der Pandekten, (von Justinian in der const. *Tanta* (c. 2. §. 8. C. I. 17. de vet. jur. enucl.) deshalb libri terribiles genannt), die Titel ad legem Aquiliam (IX. 2.), de dolo malo, (IV. 3.) de his qui notantur infamia, (III. 2.) das neunte Buch des Codex und folgende Novellen: 12. c. 1. 14. 77. 117. c. 15. 134. 141. 142. 143. — Im 48sten Buche befinden sich mehrere unglossirte Stellen fr. 7. §. 5. fr. 8 — 11. D. de bonis damnator. (XLVIII. 20.) fr. 10 — 19. D. de interdict. et relegat. (XLVIII. 22.). S. Roßhirt Lehrb. §. 3. Note 2. Ueber das zur Erläuterung des justinianeischen Rechts wichtige antejustinianeische und postjustinianeische Recht s. Roßhirt a. a. O. §. 3. — Das Hauptwerk über das römische Criminalrecht ist *A. Matthaei* de criminibus ad lib. XLVII. et XLVIII. Dig. Commentarius etc. Traj. 1644. und öfter, zuletzt cum notis Nani Ticini 1803. 4to. Vergl. Böhmer Handb. d. Litterat. d. Crim.-R. §. 32.

§. 9.

Vom kanonischen Rechte.

Das kanonische Recht [1]) hat auf das weltliche Strafrecht einen, wenn auch nicht unmittelbaren, so doch, (s. oben §. 6.) nicht weniger weit reichenden und den ältern Zustand umgestaltenden Einfluß geübt, als das römische Recht. Die christliche Kirche nämlich, schon nach ihrem Begriff und Zweck auf die Vertilgung des Unrechts und der Sünde gerichtet, übte seit ihrem Entstehen eine ausgedehnte Strafgewalt aus und ihre Satzungen über Verbrechen und Strafen bilden ein bis in das genaueste Detail ausgebildetes, auf einer ihr eigenthümlichen Grundidee beruhendes Ganze, welches, eben so wie das Strafrecht im Staate, einen wesentlichen Bestandtheil des Rechts und der Verfassung der Kirche ausmacht. [2]) — Die Grundlage dieses Systems ist eine religiöse. Das Verbrechen erscheint durchaus als Sünde, d. h. als der Gegensatz der menschlichen Willkühr gegen den Willen Gottes. Natürlich ist es daher, daß das kirchliche Strafrecht die Rücksicht auf den Willen streng durchführt, und zwar weit konsequenter als dieses im römischen Rechte möglich war. — Dieser Wille aber, oder das Gesetz Gottes, ist, wie der Wille des Regenten im weltlichen Gesetz, im Dekalog niedergelegt, welcher mit der Interpretation der Kirche, das ganze Mittelalter hindurch,

---

1) Auf den Einfluß des kanonischen Strafrechts, welches viel zu wenig beachtet, noch weniger rechtshistorisch dargestellt und am wenigsten richtig gewürdigt ist, macht besonders aufmerksam Henke Handb. Bd. I. S. 27. Derselbe Ueber den Entwickelungsgang des Strafrechts im N. A. des C.-R. B. I. Stck 2. St. 271. 278.

2) Eine Darstellung dieses kirchlichen Strafrechts in den ersten fünf Jahrhunderten, enthält: *J. Bingham* Origines sive Antiquitates ecclesiasticae. Ex Lingua Anglic. in Latinam vertit J. H.

die Quelle des geistlichen Strafrechts bildete. [3]) Daher gehören denn ohne Rücksicht auf das weltliche Gesetz, ja selbst im Widerspruche mit demselben, [4]) alle äußern und innern unsittlichen Handlungen unter den Begriff des kirchlichen Verbrechens, wiewohl für die leichten täglichen Sünden, die bloß aus menschlicher Schwachheit herrühren, keine von der Kirche verhängte Buße statt findet. — In diesem Systeme

---

Grischovius, Halae 1729. Vol. VII. p. 61 — 521. und vol. VIII. Aus den im VIIten Bande daselbst angeführten Bußkanonen ergiebt sich, wie weit schon in den ersten Jahrhunderten das kirchliche Strafrecht ausgebildet war, ja, wie das kirchliche Strafsystem weit reichhaltiger, vollständiger und konsequenter war, wie das weltliche.

3) Walter Lehrbuch des Kirchenrechts 3te Auflage §. 183. Note u bemerkt daß auch im fünften Buche der Dekretalen die Titelfolge ganz augenscheinlich nach der Ordnung der zehn Gebote geht.

4) Der von den Römischen Kaisern bei schwerer Strafe gebotene heidnische Kultus, war ein kirchliches Verbrechen. — Dieses und die andern Verbrechen gegen die Religion (Blasphemie, Magie, Sacrilegium u. dergl.) erscheinen aus demselben Grunde im kirchlichen Strafsysteme als die schwersten, aus welchem im weltlichen Strafrechte Hochverrath und Majestätsverbrechen am strafbarsten sind. Vergl. Bingham Bd. VII. a. a. O. S. 193 — 377. Als Beispiel der kirchlichen Strenge und als Beweis der konsequenten Ausbildung des kirchlichen Strafrechts schon in ziemlich früher Zeit, mögen folgende Verordnungen dienen: Kein Gläubiger durfte für die Heiden Götzenbilder verfertigen, selbst nicht, um seinen Lebensunterhalt zu gewinnen, er durfte den heidnischen Opfern bei schwerer Strafe auch nicht einmal aus Neugierde beiwohnen und den Heiden nicht einmal Weihrauch und Opferthiere verkaufen, ja nicht einmal mit den Juden zusammen essen. — Auch bürgerliche Verbrechen werden schon im römischen Reiche ohne Rücksicht auf die Strafdrohung des weltlichen Rechts mit Strafe belegt, so z. B. der Mord, der Todschlag, wohin aber auch Abtreibung der Leibesfrucht und Selbstmord gerechnet werden, der Ehebruch, (aber auch die Heirath mit einer geschiedenen Frau), der Diebstahl u. s. w. Die Beweisstellen s. bei Bingham a. a. O.

wird keine Rücksicht genommen auf Rang und Geburt; Ambrosius droht dem Kaiser mit der Ausschließung aus der Gemeinschaft der Kirche, [5]) und die Canones schützen auch das Leben und die Gesundheit der Sklaven, deren Tödtung ohne Vorwissen des Richters, selbst wenn sie es verdient hatten, ein kirchliches Verbrechen ist. [6]) Eben so merkwürdig wie die Auffassung des Verbrechens, ist der Begriff der Strafe im kirchlichen Rechte. — Sie ist ein von der Kirche verhängtes Leiden, welches der Mensch zur Versöhnung mit Gott freiwillig übernehmen muß, als äußere Manifestation und thätige Beweisung der Reue, ohne welche die Vergebung der Sünde unmöglich ist. An sich verdienen diese Werke der Buße die Vergebung der Sünde zwar nicht, aber der Mensch darf sich ihrer nicht weigern, wenn er von der Gnade Gottes dieses Geschenk der Vergebung hofft. Auch hebt die vom Priester, auf das geschehene reuige Selbstbekenntniß des Schuldigen ausgesprochene, Lossprechung nur die ewige Verstoßung des Sünders, nicht dessen zeitliche Strafe auf; diese muß der Sünder, um dem ewigen Gesetze der Gerechtigkeit zu genügen durch jenes Leiden der Buße abtragen. Der Hauptgesichtspunkt hierbei ist also nicht die zukünftige Besserung des Schuldigen, sondern die, nach seinen Kräften zu leistende Genugthuung für die vergangene Schuld; auch die Rücksicht auf das Allgemeine, oder die Tendenz, durch die Bestrafung des Einzelnen ein Beispiel zu geben, ist nur eine untergeordnete. — Für den Schuldigen aber ist die Buße ein Heilmittel, und folglich eine Wohlthat, kein Uebel. [7]) —

---

5) S. Bingham a. a. O. S. 139 — 141.

6) S. Bingham a. a. O. S. 385. 403.

7) Die Beweisstellen für die historische Wahrheit dieser Prin-

Den Widerstrebenden, der die Versöhnung mit der Kirche durch die Buße nicht wollte, schließt die Kirche von ihrer Gemeinschaft und ihren Sakramenten aus. — Ihre Strafgewalt übt die Kirche also in doppelter Weise aus, [8]) entweder wie jede andre Gesellschaft als Disziplinargewalt,

---

zipien, liegen in den Schriften der Kirchenväter. Aus diesen sind viele Stellen in das Dekret Gratians übergegangen. c. 63. de Poenitentia D. 1. (*Augustinus*) Non sufficit mores in melius commutare et a praeteritis malis recedere, *nisi etiam de his, quae facta sunt, satisfiat Deo per poenitentiae dolorem, per humilitatis gemitum, per contriti cordis sacrificium, cooperantibus eleomosynis et jejuniis.* c. 66. Ibid. (*Hieronymus.*) — — Qui — peccator est, et quem remordet propria conscientia, cilicio accingatur, et plangat vel propria delicta, vel populi, et ingrediatur Ecclesiam, de qua propter peccata fuerat egressus, et cubet, vel dormiat in sacco, ut praeteritas delitias, per quas offenderat Deum, *vitae austeritate compenset.* c. 84. Ibid. (Augustinus.) In actione poenitentiae, ubi tale crimen commissum est, ut is, qui commisit, a Christi etiam corpore separetur, non tam consideranda est mensura temporis quam doloris; — — — — verum quia plerumque dolor alterius cordis occultus est alteri, neque in aliorum notitiam, nisi per verba, vel quaccunque alia signa procedit, — — — *recte constituuntur ab his, qui ecclesiae praesunt, tempora poenitentiae, ut satisfiat etiam Ecclesiae,* in qua remittuntur ipsa peccata. c. 38. Ibid. (*Ambrosius.*) Non potest quisquam justificari a peccato, nisi ante fuerit peccatum confessus. c. 42. Ibid. (*Augustinus.*) Nullus debitus gravioris poenae accipit veniam, *nisi qualemcunque et si longe minorem, quam debeat, solverit poenam.* Ita enim impertitur a Deo largitas misericordiae, ut non relinquatur etiam justitiae disciplinae. Vergleiche auch c. 49. Ibid. c. 4. C. XXVI. qu. 7. c. 5 u. 7. Ibid. Pro qualitate delicti tempus poenitentiae impendatur. c. 6. Ibid. Sacerdos poenitentiam imploranti, absque personarum acceptione poenitentiam secundum leges injungat. c. 2. Ibid. c. 17. D. III. de consecratione.

8) S. Walter Lehrbuch. §. 179.

kraft welcher sie ihre ungehorsamen Mitglieder ermahnt, straft und endlich ausschließt, und mithin eine äußere Gerichtsbarkeit, auch wider den Willen der Schuldigen übt, [9]) oder in dem Institute der Beichte und Buße, kraft welcher sie die Sünde behalten und vergeben kann, wozu aber immer die innere Mitwürkung des Schuldigen gehört. — Dieses sind die Grundzüge jenes Systems welches in seiner äußern Form und in der Art und Weise wie es in's Leben trat, im Laufe der Zeit manche Veränderungen erlitt, obwohl die Grundprinzipien dieselben blieben. Diese Veränderungen trafen vornämlich die Ausübung der Disziplinargewalt, [10]) und die Form der Bußen selbst. [11]) Die letztern waren schon in sehr alter Zeit nach ihrer Art und Dauer genau bestimmt. Sie waren damals sehr streng und dauerten oft eine Reihe von Jahren, während welcher der Schuldige ein strenges, von allem weltlichen Genusse entblößtes Leben führen, sich häufigen und strengen Fasten unterziehen und andre kirchliche Uebungen übernehmen mußte. Jene alten Strafbestimmungen über die Dauer und Art der Buße wurden nun im Mittelalter ausgebildet durch eine Reihe von Sammlungen der Bußkanones, die in der äußern Form der Strafbestimmung ganz den weltlichen Strafgesetzbüchern ähnlich sehen, freilich mit dem Unterschiede, daß sie keine Strafe kennen, die an Leib oder Leben geht. [12]) Diese kirchlichen Strafen bilden aber, wie einst

---

9) Ebendaselbst §. 181.

10) Walter a. a. O. §. 181.

11) Ebendas. a. a. O. §. 180. Die Hauptveränderung liegt darin, daß alle, früher öffentlichen Bußen nach und nach geheim wurden.

12) Eine Geschichte des kirchlichen Strafwesens im Mittelalter giebt es noch nicht. Nachweisungen über die dazu reichlich vorhan-

das censorische Strafrecht in Rom, das ganze Mittelalter hindurch, eine neben der weltlichen Justiz hergehende Ergänzung des Strafrechts, die tief und wohlthätig in das

---

denen Materialien enthält: *Joh. Doviatus* Praenotionum Canonicarum libri V. edit. nova recensuit — — — A. F. Schott Mitav. et Lips. 1776. Tom. II. p. 119. u. f. f. Die Sammlungen der Bußkanonen schließen sich in Form und Inhalt genau an einander an, so daß die spätern Sammler immer die Arbeiten der Frühern benutzt haben. (Vergl. auch Walter a. a. O. §. 184. n. s.) Besonders wichtig für die Geschichte des geistlichen Strafrechts sind folgende Sammlungen: *Reginonis* († 915.) Libri duo de ecclesiastica disciplina edid. *Baluzius* Viennae 1765. *Burchardi* Wormatiensis ecclesiae Episcopi († 1025.) *Decretorum* Libri XX. Parisiis 1549. 8vo. Diese Sammlungen, wovon die letztgenannte die erste großentheils wiederholt, liefern das deutlichste und vollständigste Bild des geistlichen Strafrechts zu jener Zeit. (Vergl. Biener a. a. O. S. 32 u. 33.) Der Bischof bereist seine Diöcese und weist die Sendzeugen an, alle Verbrechen die zu ihrer Kunde kommen ihm zu denunziren. Bei Burchard v. Worms findet sich ein Verzeichniß von 88 Fragen an diese Sendzeugen, über die in der Parochie begangenen Verbrechen, aus denen sich deutlich ergiebt auf welche Sünden jene geistliche Jurisdiktion sich ausdehnte. Der Hauptgesichtspunkt jener Fragen ist freilich der kirchliche, aber aus diesem Standpunkte erscheinen auch die Verbrechen des weltlichen Rechts als Sünde. (S. z. B. *Burchardi Decret.* Lib. I. Cap. XCIV. Interrog. 1. Est in hac parochia homicida qui homicidem aut sponte aut voluntate, aut cupiditatis, aut rapacitatis causa, aut casu, aut nolens, aut coactus, aut pro vindicta parentum, aut in bello, aut jussu domini, aut proprium servum occiderit? Interrog. 6. Est aliqua foemina, quae in fornicatione concipiens, timens ne manifestaretur, infantem proprium, aut in aquam projecerit, aut in terra occultaverit, quod *morht* dicunt?) Aber auf der andern Seite werden auch sehr viele Handlungen vor diesen Richterstuhl gezogen, von denen das weltliche Recht keine Notiz nimmt. (Z. B. Interrog. 26. Est aliquis qui desponsatam puellam non duxerit et fidem sponsaliorum fregit? Interrog. 71. Est aliquis qui peregrino aut viatori hospitium contradixerit?) Besonders wird in diesen geistlichen Strafnormen auf die Ausrottung des im Volke als Aberglauben fortlebenden Heiden-

Leben des Volks eingriff. Denn wenn man mit historischer Unpartheilichkeit erwägt, wie in jener Zeit die Härte und Grausamkeit der sich neu bildenden öffentlichen Strafen,

---

thums Rücksicht genommen. (Z. B. Interrogatio LIV. Est aliquis qui supra mortuum nocturnis horis carmina diabolica cantaret et biberet et manducaret ibi, quasi de ejus morte gratularetur, et si alibi mortui in vigiliis nocturnis, nisi in ecclesia custodiantur?) Die Bußen waren die gewöhnlichen, oben geschilderten, kirchlichen, (s. besonders *Burch.* l. c. lib. XIX. de Poenitentia, wo die Strafen der einzelnen Verbrechen zugleich genau angegeben sind,) es scheinen jedoch auch die Unfreien, bei denen wegen ihrer Dienstverhältnisse die gewöhnlichen kirchlichen Bußen wohl nicht immer angewendet werden konnten, auch körperlich gezüchtigt worden zu seyn. (Interrog. 75. Est aliquis qui contradicit episcopo aut ejus ministris, ne coloni aut servi pro commissis criminibus virgis nudi caedantur?) Wie streng die Buße oft seyn konnte, zeigt unter andern folgendes Beispiel aus dem Beichtspiegel Burchards im 19ten Buche: Occidisti seniorem tuum, vel in consilio fuisti, ut occideretur, vel uxorem tuam partem corporis tui, duo consilia proponimus tibi, elige horum duorum quod tibi carius sit. Istud unum est: Relinque istud fragile saeculum, et ingredere monasterium, et humiliare sub manu Abbatis, et cuncta quae tibi ab eo fuerint imperata, simplici animo observa. Secundum autem consilium tale est: *Arma depone et cuncta secularia negotia dimitte, carnem et sagimen omnibus diebus vitae tuae non comedas*, excepto uno die Resurrect. Dom. et uno die Pentec. et uno die Nat. Dom. Caeteris temporibus in pane et aqua, et interdum leguminibus et holeribus poenitcas. In jejuniis, in vigiliis et orationibus et eleemosynis persevera omni tempore. *Vinum et medonem et mellitam cervisiam, nunquam bibas*, nisi in illis praedictis diebus. *Uxorem ne ducas, concubinam non habeas, adulterium non facias, absque spe conjugii in perpetuo maneas.* Nunquam te laves in balneo, equum non ascendas, causam tuam et alterius in conventu fidelium non agas. *In conviviis laetantium nunquam sedeas.* In Ecclesia segregatus ab aliis Christianis post ostium humiliter stes. Ingredientium et egredientium orationibus suppliciter te commendes. Communione sacri corporis et sanguinis domini cunctis diebus vitae tuae indignum te exi-

sich mit der alten heidnischen Gewohnheit der Privatrache begegnete, wie dies Prinzip der Composition, bei der im stürmischen Kriegs- und Wanderleben der Deutschen Stämme, seit der Völkerwanderung wachsenden sittlichen Verwilderung, zur leichtfertigsten Auffassung des Verbrechens führen mußte, wie damals alle Anstalten fehlten, die heutzutage den Landfrieden und die öffentliche Sicherheit schirmen, und die weltliche Justiz, bei der lockern Verbindung, welche die Einzelnen und die Stände zusammenhielt, so häufig außer Stande war das Recht zu vollstrecken, — so kann man schwerlich in Abrede stellen, daß das weltliche Recht jene Aushülfe von Seiten einer höhern geistigen Macht bedurfte und daß ohne diese die starre Wildheit des altgermanischen Volkscharakters nie gebrochen und eine fortschreitende Versittlichung nie möglich gewesen wäre.

§. 10.

Von den sonstigen ungeschriebenen Quellen des deutschen Strafrechts.

Grolman über Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch. In seinem Magazin für Philosophie des Rechts Bd. II. Stck 2. Nummer V.

---

stimes. In ultimo autem termino vitae tuae, pro viatico, si observaveris consilium, ut accipias, tibi concedimus. — Außer jenen oben genannten Quellen des kanonischen Strafrechts beschäftigen sich mit demselben im Dekrete Gratians, der tractatus de Poenitentia, (Causa XXXIII. Qu. 3.) das zweite und fünfte Buch der Dekretalen Gregor's IX., und viele einzelne im ganzen Corpus juris canonici zerstreute Stellen. Ueber die Hülfsmittel beim Studium dieses Theiles des kanonischen Rechts, welche übrigens die, auch bei andern Theilen gewöhnlichen sind, s. Walter a. a. O. §. 5 und 6. Ueber das Ansehn des kanonischen Rechts in Deutschland, s. *C. A. Tittmann* de causis auctoritatis juris Canonici in jure crim. German. Dissertatt. II. Lips. 1798. 4o. (auch abgedruckt in *Martin* Selectarum dissertationum et commentatt. jur. crim. collect. Jen. 1822. Vol. I. p. 129 — 207.)

Ch. C. Weiſse De vi consuetudinis in causis criminalibus Commentatio. Lips. 1813.

Gerſtäcker, darf das allgemeine deutſche Criminalrecht jetzt bloß nach den Geſetzen, oder muß es nach der durch die Praxis und den Gerichtsgebrauch erhaltenen Umgeſtaltung dargeſtellt werden? Im Neuen Arch. des Cr. R. Bd. VI. Stück 3. S. 463.

Das deutſche Strafrecht hat ſich ſeit der C. C. C. nicht ſowohl durch die Reichsgeſetzgebung, als zunächſt durch den Gerichtsgebrauch und die wiſſenſchaftliche Bearbeitung, in neueſter Zeit aber durch die Geſetzgebung in den einzelnen deutſchen Ländern fortgebildet. Doktrin und Praxis werden demnach von Vielen, mit Recht, als ungeſchriebene Quellen des deutſchen Strafrechts angeſehen. Wegen des großen Anſehns aber, in welchem gegen Ende des vorigen Jahrhunderts, die ſ. g. Theorieen des Criminalrechts ſtanden, zählte man auch die Philoſophie zu den Quellen, und ſtellte dieſe auch wohl an die Spitze derſelben, während man ſtillſchweigend oder ausdrücklich der Praxis dieſe Qualität abſtritt.[1]) Dieſe Anſicht, wie ſie großentheils aufgeſtellt wird, beruht aber auf einem Verkennen des Weſens der Philoſophie wie des poſitiven Rechts, und auf einer Verwechſelung der Philoſophie überhaupt, mit den leitenden Prinzipien, die ſich aus einem konkreten poſitiven Rechtsſyſteme ableiten laſſen, und deſſen inneres Syſtem oder den Geiſt dieſes beſtimmten poſitiven Rechts ausmachen.[2]) Dieſer Geiſt der geltenden Geſetzgebung iſt unläugbar eine

---

1) Namentlich Feuerbach Lehrbuch des gemeinen in Deutſchland gültigen peinlichen Rechts. 9te Auflage. Gießen 1826. §. 5.

2) Vergl. hiermit die übereinſtimmende Anſicht von Wächter Lehrbuch §. 14. Note 44. und §. 41. Note 94.

Quelle für den Richter, und es hat dieser sogar die Verpflichtung, nicht nur den Buchstaben anzuwenden, sondern das einzelne Gesetz in dem Geiste des ganzen Systems zu handhaben; der Geist eines Systems, und die würklich aus demselben abzuleitenden, nicht bloß hineingetragenen, Prinzipien, sind aber eben so positiv als dieses System selbst. Auf der andern Seite würde der Richter seinen Beruf verkennen, wenn er sich von dem positiven Substrat, welches er anzuwenden hat, losreißen, und seine Privatansicht über das positive Recht und dessen Werth zum Gesetze erheben wollte. Selbst für den einzelnen Gesetzgeber kann die Philosophie, insofern man darunter eine theoretische Ansicht über das vorhandene Recht versteht, nur in einem weit eingeschränkteren Maaße eine Quelle seyn, als man häufig glaubt, und es wird auch für diesen schlechterdings unmöglich seyn, eine von dem vorhandenen Rechte durchaus verschiedene Theorie, mit Abschaffung des im Leben Geltenden dergestalt zu verwürklichen, daß sie praktischen Bestand hätte. Dagegen ist es aber ein, aus der Geschichte leicht zu beweisendes, und mithin nicht abzuläugnendes Faktum, daß die unter den wissenschaftlichen und praktischen Juristen eines Volkes, würklich herrschenden philosophischen Ansichten über das Strafrecht, im Laufe der Zeit dennoch den Weg in die Praxis finden, sey es daß sie endlich, indem sie sich auch der Gesetzgeber bemächtigen, zum würklichen Gesetz erhoben, sey es daß sie allmählig und unterstützt durch stillschweigende Connivenz der höchsten Behörden, ohne ausdrückliches Gesetz, — in so weit sie überhaupt zu realisiren sind, — von den Gerichten angewendet werden. Hiermit hängt denn auch die so bestrittene Frage über den Werth des Gerichtsgebrauches, des Gewohnheitsrechtes und der Theorie zusammen. Im All-

gemeinen, und wenn man bloß die Natur des positiven Rechts und seine Bildungsgeschichte im Auge hat, ist soviel gewiß daß Theorie und Praxis allerdings Quellen des positiven Strafrechts seyn können und daß in Beziehung auf die Rechtsanwendung es gleichgültig ist, ob ein unbezweifelt vorhandener Rechtssatz, durch ein ausdrücklich promulgirtes Gesetz oder durch Gewohnheit und Gebrauch entstanden ist. [3]) Auch beweist die Geschichte sowohl des römischen als des deutschen Rechts, daß die größten Veränderungen in dem positiven Rechte sich auf dem Wege des nach und nach in den Gerichten entstehenden Gebrauchs gebildet haben. Denn so sind z. B. in Deutschland auf diese Weise die öffentlichen Strafen eingeführt, das römische und kanonische Recht ist ebenfalls nicht durch ein ausdrückliches Gesetz, sondern durch den langen und stillschweigenden Gebrauch in den Gerichten recipirt, und die totale Verschiedenheit zwischen unserm heutigen Rechte und der C. C. C. ist gleichfalls hauptsächlich durch Doktrin und Gerichtsgebrauch herbeigeführt. — So wahr diese Grundsätze über den Werth des ungeschriebenen Rechts im Allgemeinen sind, so erleiden sie dennoch, sobald es auf die praktische Frage ankömmt, ob und in weit neben einem bestimmten geschriebenen Rechtssysteme, das Berufen auf das Gewohnheitsrecht und den Gerichtsgebrauch statt finde, manche Modifikationen und machen mehrere unterscheidende nähere Bestimmungen nothwendig. Es wird nämlich zunächst, 1) auf die Form und Fassung des geschriebenen Rechts ankommen; ist dieses ein vollständiger Criminalkodex, der durch seine Form und

---

3) Dieses ist im römischen Rechte ausdrücklich anerkannt. S. die Stellen des Pandektentitels de legibus (I. 3.) welche von der Bildung des positiven Rechts überhaupt, mit unübertroffener Einsicht, sprechen.

Fassung oder durch ausdrückliche gesetzliche Disposition auf Vollständigkeit Anspruch macht, so wird das ältere Gewohnheitsrecht und der frühere Gerichtsgebrauch, nur in sofern als praktische Quelle angesehn werden können, als das neue Gesetz ausdrücklich darauf verweist. [4]) Besonders wird dieses statt finden, in sofern es auf die Frage ankömmt, ob Handlungen welche nicht in dem neuen Gesetzbuche als Verbrechen bezeichnet sind, mit einer Strafe belegt werden sollen. 2) Bildet sich aber neben diesem Criminalkodex ein neuer Gerichtsgebrauch, so leidet es keinen Zweifel, daß der Richter denselben, sobald er würklich und erweislich vorhanden ist, [5]) als eine Quelle anerkennen und benutzen könne. 3) Es wird dieses, nach der Consequenz der oben aufgestellten Regel namentlich auch der Fall seyn können, in Beziehung auf Verbrechen, die in dem geschriebenen Gesetze nicht erwähnt sind, welche aber der Gerichtsgebrauch als solche behandelt, eben so in Beziehung auf den Fall, wo der Gerichtsgebrauch eine härtere Strafe eingeführt hat, als das geschriebene Gesetz androht. [6]) In der Würklichkeit und nach dem natürlichen Gange der Dinge, wird aber immer, wo eine in einem vollständigen Gesetz-

---

4) Dieses thut namentlich die C. C. C. Art. 104 und 105. wo sie auf die gute Gewohnheit eines jeden Landes und auf das Kaiserrecht, (hier wie auch an vielen andern Orten,) verweist.

5) Dabei wird es denn freilich, theils auf das Alter des Gerichtsgebrauchs, theils darauf ankommen, ob und welche Organe der Gerichtsgebrauch eines Landes hat, und ob man mit Sicherheit die Existenz des Gerichtsgebrauches beweisen kann. Gedruckte Sammlungen von Rechtsfällen sind mithin dringendes Bedürfniß in jedem Lande.

6) Dieses war namentlich der Fall als sich die öffentlichen Strafen in Deutschland anfingen zu bilden. (S. oben §. 5.)

buche nicht erwähnte Handlung als Verbrechen angesehn, oder eine härtere Strafe als die dort angedrohete angewendet werden soll, ein ausdrückliches Gesetz erfolgen, damit Jeder sich für die Zukunft darnach richten kann. — Im umgekehrten Falle, wo Strafbestimmungen des geschriebenen Gesetzes durch den Gerichtsgebrauch antiquirt sind, leidet es nicht den mindesten Zweifel, daß der Richter sich an das würklich geltende Recht, und nicht an das veraltete Gesetz zu halten habe. Ob und in wie weit aber, 4) sich neben einer geschriebenen Gesetzgebung ein Gerichtsgebrauch bilden kann, hängt davon ab, ob die Gesetzgebung dieses durch ausdrückliche Disposition oder durch ihre ganze Fassung erleichtert und befördert. — So verweist namentlich die C. C. C. [7]) nicht bloß auf die Rechtsverständigen, sondern läßt die Strafe auch häufig unbestimmt, und erkennt somit stillschweigend die Praxis und die Theorie der Richter, in deren Ermessen sie die nähere Bestimmung stellt, als eine ergänzende Quelle an. Daher haben denn auch beide im gemeinen deutschen Rechte eine so große Bedeutung erhalten, obwohl sich der Uebelstand nicht läugnen läßt, daß die gemeinrechtliche Praxis, weder hinreichende Organe, noch auch in späterer Zeit eine hinreichende Stütze an der Theorie gefunden hat, deren die Praxis nie entbehren kann. [8]) Daher griffen denn die neuern Gesetzgebungen ein und gaben dem Richter, indem sie ihn freilich nur oft zu sehr auf eine nicht immer praktische Weise be-

---

7) So z. B. im Art. 219.

8) S. hierüber Klein. Welches ist der gebahnteste Weg zur Verbesserung des Criminalrechts in Deutschland? (Im Aelt. Archiv Bd. I. Stck 2. Num. 7.) Ein Aufsatz der um so größere Aufmerksamkeit verdient, als der Verfasser darin Ansichten ausspricht, die erst weit später wieder unter den Juristen zu gelten anfingen.

schränkten, diejenigen Anhaltspunkte, welche ihm die so schwankend gewordene Praxis und die auf theoretische Abstraktionen gewendete Theorie, nicht zu liefern im Stande war. Immer aber wird der Gerichtsgebrauch als ein erläuterndes und ergänzendes Stück der Gesetzgebung anerkannt werden müssen, und er behauptet diese Stellung im Leben auch würklich, obwohl dieses, nach jener falschen Ansicht, welche ihm jeden Einfluß versagt, häufig auch von der Gesetzgebung nicht anerkannt wird. Die Theorie aber soll der Praxis, indem es ihr obliegt den Geist des positiven Rechts darzustellen, (s. oben) eine wissenschaftliche Grundlage liefern, und das Schlimmste was beiden begegnen kann, dürfte wohl das seyn, daß sie, verschiedene Wege verfolgend, von einander keine Notiz nehmen.

§. 11.

Ueber die wissenschaftliche Bearbeitung des Strafrechts seit der C. C. C.

Weil die Theorie als eine Quelle des Criminalrechts angesehen werden kann und durch ihren Einfluß sich hauptsächlich die Praxis und durch diese wieder das gemeine deutsche Strafrecht gebildet hat, ist die Geschichte der wissenschaftlichen Bearbeitung des Strafrechts seit der C. C. C. von äußerster Wichtigkeit. [1]) Zuerst nehmen die Juristen von Fach von der C. C. C. gar keine Notiz, [2]) und auch in der Praxis wurden sehr heilsame Regeln derselben häufig

---

1) Es ist für die so höchst intressante Geschichte des Strafrechts der drei letzten Jahrhunderte erst sehr wenig geschehen. Vornämlich gehört hieher der 2te Band von Henke's Geschichte des deut. peinl. Rechts und Malblank a. a. O. S. 208 — 274.

2) S. die Schriften von Perneder, König u. A. bei Malblank a. a. O. S. 211 — 214. Auch *Jodocus Damhouder* Praxis rerum criminalium. Antwerp. 1554 nimmt von der C. C. C. keine Notiz. (S. Biener a. a. O. S. 163.)

noch gar nicht beobachtet. [3]) Erst nachdem sie auch dem gelehrten Publikum durch die Uebersetzungen von Gobler und Remus bekannter geworden war, fingen die Juristen an die P. H. G. O. zum Gegenstande ihrer Commentare und sonstigen Bearbeitungen zu machen, welche für uns nur noch ein litterarhistorisches Intresse haben. [4]) Sie sind größtentheils auf eine geschmacklose Weise gelehrt, und machen oft einen sehr unpassenden Gebrauch von den fremden Rechten und den italiänischen Juristen. So haben

---

3) Die durch die Bemühungen der Päpste und Conzilien im vierzehnten Jahrhundert, als heidnisch abgeschafften Gottesurtheile lebten in der Form der kalten Wasserprobe im 17ten Jahrhundert im nördlichen Deutschland wieder auf. (S. Henke a. a. O. Th. II. S. 213.)

4) Unter diesen ist als eine der ersten Bearbeitungen, welche die C. C. C. zum Grunde legt zu nennen: *L. Gilnhausen* Arbor judicaria criminalis Francof. 1606. Fol. Zu den übrigen Commentaren über die C. C. C. gehören, der von Nikol. Vigelius (Basel 1583) Pet. Musculus (Frkfrt 1614 s. Henke Bd. II. S. 140 und 141.) Zieritz (Frkfrt 1622) Matth. Stephani (Frkfrt 1626) Ant. Bullaus (Marburg 1631) Casp. Manzius (Commentarius in criminalem sanctionem Carolinam rationalis. Ingolstad. 1650, welcher auf das baierische Criminalrecht Rücksicht nimmt.) Christ. Blumlacher (Salzburg 1670) Dan. Clofen (Frkfrt 1685) S. über die angeführten Werke Henke a. a. O. Bd. II. S. 143. Das sächsische Criminalrecht behandelt der Lehrer Carpzov's, *Matth. Berlichius* Conclusiones practicabiles secundum D. Augusti Constitutiones Saxonicas Vol. V. 4. Lips. 1615. und öfter. — (S. Henke a. a. O. S. 150.) Die Werke der italiänischen Criminalisten hatten auf diese Commentare einen sehr großen Einfluß. — Ueber diese, (unter welchen vornämlich zu nennen sind Aegydius *Bossius*, Julius *Clarus*, Tiber. *Decianus*, Hippolytus de *Marsiliis*, Petr. *Follerius*, Prosp. *Farinacius*, Sigism. *Scaccia*, Leb. *Guazzini*) s. Henke a. a. O. S. 133. Biener a. a. O. S. 93. Kleinschrod im Aelt. Arch. des Cr.-R. Bd. I. Stck 1. Num. VIII.

sie also den umfassenden praktischen Einfluß nicht erhalten können, den Benedikt Carpzov [5]) nicht bloß auf die Criminalisten seiner Zeit sondern auch auf die Praxis der ersten Hälfte des folgenden Jahrhunderts gewann. Auch er hat, wie Schwarzenberg, nicht ein neues von dem bisherigen Rechte abweichendes System aufgestellt, sondern vielmehr die C. C. C. zum Grunde legend, sie aus den Werken der spätern Criminalisten, aus den fremden Rechten und den italiänischen Juristen erläutert, und was ein besonderes Verdienst seines Werkes ist, er hat durch die vielen eingerückten Präjudizien des Leipziger Schöffenstuhles seinem Werke einen hohen Grad praktischer Brauchbarkeit gegeben, welche demselben von selbst jene Autorität verschaffte, die es so geraume Zeit hindurch genoß, und ist auf diesem Wege der Begründer einer gemeinrechtlichen deutschen Praxis geworden. Daß er die Ansichten seines Zeitalters getheilt hat, [6]) ist ihm oft, und vornämlich von dem Standpunkte der Theorieen des vorigen Jahrhunderts aus, zum Vorwurfe gemacht worden. Er hat aber den Umstand,

---

5) Sein Werk führt den Titel: *Practica nova Imperialis Saxonica* rerum criminalium in partes III. divisa. Witebergae 1635. Fol. S. über ihn Henke a. a. O. S. 151 besonders Biener a. a. O. S. 165. und ff. Seine Ehrenrettung gegen spätere, oft sehr seichte, Anschuldigungen liefert Rudolph Hommel Criminalistische Blätter. Leipz. 1800. Heft I. S. 230. Ueber seinen Gegner Oldekop, s. Henke a. a. O. S. 161. u. ff. Biener a. a. O. S. 167.

6) Als einen der gefährlichsten Irrthümer Carpzov's (und seiner Vorgänger) führen wir hier nur dessen Theorie von den delictis exceptis (s. Henke a. a. O. S. 219.) an, kraft welcher der Richter bei den schwerern Verbrechen als nicht gebunden an die gewöhnlichen Vorschriften über den Prozeß und den Beweis, betrachtet wurde; eine Lehre, die in den Hexenprozessen furchtbar praktisch wurde.

daß er, ein wahrhaft praktischer Jurist, seiner Zeit angehörte, eben so wenig verschuldet, als er im Stande war, die Mängel der Criminalpraxis des 17ten Jahrhunderts, die in den Verhältnissen der damaligen Zeit gegründet waren, auch wenn er sie besser erkannt hätte, abzuschaffen. Diese Mängel lagen theils in der politischen Gestalt Deutschlands, (und bestanden namentlich in dem Mangel an Polizei- und Strafanstalten, so wie an hinreichender Macht der Gerichtsobrigkeiten Verbrecher zu verfolgen, endlich auch in den natürlichen Inkonvenienzen kleiner Territorien,) theils auch in eigenthümlichen, tief eingewurzelten Irrthümern jener Zeit. In dieser letztern Beziehung verdienen namentlich die Hexenverfolgungen genannt zu werden, die besonders seit dem 16ten, vornämlich aber im 17ten Jahrhundert, sich zu einer wahren Landplage gestaltet hatten, [7]) aber man thut Carpzov Unrecht wenn man ihn für den Erfinder oder Begründer derselben hält. — Nachdem Carpzov einmal die Bahn einer bessern wissenschaftlichen Bearbeitung des Criminalrechts betreten, folgten ihm bald meh-

---

7) Materialien zur Geschichte derselben enthält G. C. Horst Zauberbibliothek, oder von Zauberei, Theurgie, Mantik, Hexen und Hexenprocessen u. s. w. IV Theile Mainz 1820 — 1823. 8. und *Hauber* Bibliotheca magica. Wichtige Aufschlüsse über die ältere Geschichte des Zauberglaubens und, was häufig übersehen wird, des Glaubens mancher Menschen zaubern zu können, und ihres an Giftmischerei gränzenden Bestrebens, zaubern zu wollen, enthält das oben angef. Decretum Burchardi Wormatiensis. Gegen die Gräuel der Hexenverfolgung trat, als dieselben ihre höchste Spitze erreicht hatten, nachdrücklich auf, der Jesuit Friedrich von Spee, (in seiner Cautio criminalis in processu contra Sagas zuerst anonym erschienen Rinteln 1631 und öfter aufgelegt,) welcher fast unglaubliche Grausamkeiten der, mit jenen Prozessen beauftragten, Commissarien erzählt.

rere theils systematische Werke [8]) über das Criminalrecht, theils bessere Commentare über die C. C. C. [9]) Immer aber blieb das positive Recht die Grundlage, und die Juristen bemüheten sich nur, nach der Weise der römischen Prätoren, ohne sich von der Basis des vorgefundenen Rechtszustandes loszureißen, oder gar demselben gegenüber zu treten, durch zum Theil künstliche Auslegungen, [10]) Erläuterungen und Ergänzungen, durch Zulassung vieler Milderungsgründe, durch Aufstellung vieler Requisite des Thatbestandes der einzelnen Verbrechen, oder die Verengerung des Begriffs derselben, die Strenge der C. C. C. mit dem mildern Geiste der Zeit in Einklang zu bringen. Dieser mildere Geist in der Strafrechtspflege, den man gewöhnlich der s. g. Aufklärung zuzuschreiben pflegt, war aber, noch ehe von Frankreich und Italien her, die eigentliche pseudo-

---

8) Ueber das erste Lehrbuch des Criminalrechts, s. Wächter Lehrbuch Th. 1. S. 10. Es ist von D. H. *Kemmerich* Synopsis juris crim. per succinctas positiones delineati. Jenae 1731. Ihm folgten J. Sam. Fr. *Boehmer* Elementa juris prudentiae criminalis. Halae 1732. J. R. *Engau* Elementa jur. crim. germanico-Carol. Jenae 1738. Ueber die sich hieran schließenden spätern s. Schröter Handbuch S. 28 und 29. Beyer, Professor der Rechte zu Wittenberg, († 1714) hielt die ersten abgesonderten Vorträge über das peinliche Recht.

9) Außer den oben §. 7. Note 10. genannten gehört hierher *G. Beyer* Delineatio jur. crim. Viteb. 1714.

10) Ohne es zu wollen charakterisirt dieses Verfahren treffend Malblank a. a. O. S. 249. indem er sagt: „Der verstorbene Meister aber zeigt in seinen peinlichen Erkenntnissen überall das menschenfreundlichste Herz, und besaß in hohem Grade die Stärke, seine überaus gelinden Grundsätze mit den Gesetzen so schicklich zu vereinigen, daß man niemals eine gewaltsame Abweichung davon bemerkt, und er doch überall seinen Endzweck erreicht.“

philosophische Richtung hereinbrach, durch mehrere reelle Veränderungen im öffentlichen Zustande Deutschlands herbeigeführt, die eine geordnetere Criminalrechtspflege und mit ihr gelindere Grundsätze möglich machten. Die Rohheit und Gewaltsamkeit des germanischen Volkscharakters hatte sich nach und nach gemildert, die Territorialverfassung der einzelnen Länder hatte sich weiter entwickelt, die Gewalt der Landesherren sich befestigt, das Fehderecht des Adels war verschwunden, stehende Heere und Sicherheitspolizeianstalten waren allenthalben entstanden, und mit den erstern verloren sich die herumschweifenden herrenlosen Landsknechte, die eine Geissel des Landes gewesen waren, und größere Auflagen machten es den Regierungen möglich, auch Zuchthäuser und andere Strafanstalten anzulegen. — So waren denn die Lebens- und Leibesstrafen, und die, der öffentlichen Sicherheit so verderbliche Landesverweisung, nicht mehr die einzigen Strafmittel die dem Richter zu Gebote standen. Zu den wichtigsten Veränderungen dürfte es ferner auch gehören, daß die Strafrechtspflege in andere und bessere Hände gekommen war, und daß die Schöffen, von denen die Bambergensis und Carolina ein so nachtheiliges Bild entwerfen, rechtsgelehrten Richtern, die fern von den Vorurtheilen und Intressen des niedern Volks, im Ganzen wohl unpartheiischer seyn mochten, hatten weichen müssen. [11]) Auch die Hexenprozesse verloren einen großen Theil ihrer Gefährlichkeit, als den Richtern, deren blutdürstige Willkühr im 17ten Jahrhunderte vornämlich das Unheil ver-

---

11) Wie dieser Uebergang der Rechtspflege aus den Händen ungelehrter Schöffen, in die, rechtsgelehrter Richter sich vermittelt hat, ist weiter ausgeführt in meinem Aufsatze: Ueber die spätere Geschichte des deutschen Strafprozesses. N. A. Bd. IX. Stck 1. S. 71.

anlaßt hatte, zum Theil schon vor Thomasius, [12]) die strenge Beobachtung der Gesetze über den Beweis empfohlen und zur Pflicht gemacht wurde, und sie mußten mit der gewissenhaften und unpartheiischen Befolgung derselben, und der Beobachtung richtiger Grundsätze über die Zurechnungsfähigkeit, von selbst um so seltener werden, als sich auch der alte Aberglaube im Volke mehr und mehr verlor. Alle diese unläugbaren Verbesserungen der Strafrechtspflege waren würklich schon bewürkt und größere vorbereitet, als unabhängig von ihnen der Einfluß der encyklopädistischen Philosophie in Frankreich, die schnell ihre Anhänger in ganz Europa gewann, eine völlige Revolution in den höchsten Grundsätzen über Verbrechen und Strafen, gleichzeitig mit der Erschütterung der bisherigen Grundfesten der Theologie, des Staatsrechts und der Politik, herbeiführte, und in allen diesen Disciplinen Grundsätze aufstellte, deren Effekt bald nachher, in der großen europäischen Revolution, den Augen der Welt offenbar wurde. Daß bei dieser fast totalen Zertrümmerung des bestehenden Zustandes in Deutschland, auch die Mißbräuche mit zerstört wurden, die der damaligen Strafrechtspflege eigenthümlich waren, bedarf keines Beweises, obwohl auch dieses Wegfallen mancher Uebelstände, [13]) weniger auf Rechnung der neuen Grundsätze

---

12) Ueber Thomasius, der durch sein Naturrecht großen Einfluß auf die Jurisprudenz gewann s. Henke a. a. O. S. 298. und Hugo Lehrbuch des Naturrechts, vierte Ausgabe S. 8.

13) Zu den Schattenseiten der ältern Strafrechtspflege in Deutschland gehört auch die Tortur (die nach der bessern deutschen Praxis aber wohl nicht leicht einen ganz Unschuldigen treffen konnte.). Besonders war sie es, gegen welche die Verkündiger des Philosophismus, oft mit großer Uebertreibung, eiferten. Dadurch ist denn allerdings die Aufhebung derselben früher bewürkt worden als sie auch außer-

kommen, als durch den Umstand herbei geführt seyn dürfte, daß eine sehr große Anzahl kleiner Territorien, besonders im südlichen Deutschland, die ein immerwährendes Hinderniß einer guten Criminalrechtspflege waren, verschwanden, und daß die in andern deutschen Ländern sich mehr und mehr entwickelnde monarchisch-militairische Regierungsform die Handhabung einer prompten Polizei beförderte, wodurch den schwereren, die öffentliche Sicherheit bedrohenden, gewaltsamen Verbrechen vorgebeugt und die äußere Schrecken erregende Form der Criminalpraxis entbehrlich wurde. Betrachten wir aber die Grundsätze, welche sich durch die jener Schule angehörenden unzählbaren Schriften über Strafrecht und Strafpolitik ziehen, die seit Beccaria [14]) die Welt überschwemmten, rein für sich, so läßt

---

dem, nach dem naturgemäßen Gange der Rechtsgeschichte, erfolgt seyn würde, nach welchem dieses wohl nur erst geschehen wäre, nachdem die Lehre von dem Beweise durch Indizien einen solchen Grad der Ausbildung erreicht hätte, daß man die Tortur hätte entbehren können. Daß durch Aufhebung der Tortur eine Lücke entstehe, welche ausgefüllt werden müsse, fiel den damaligen Philosophen auch nicht im Entferntesten ein. Wer aber unpartheiisch den ältern Rechtszustand erwägt, dürfte wohl zweifelhaft seyn, ob es würklich, bei dem damaligen Standpunkte der Lehre vom Indizienbeweise, ein Gewinn gewesen, daß auf den Verdacht, über dessen Bedeutung noch heutzutage nicht Alle einig sind, nicht mehr die Tortur, sondern eine außerordentliche Strafe verhängt wurde.

14) Sein Werk führt den Titel Dei delitti e delle pene. Milano 1764 und öfter. Ohne eigentlich originell zu seyn, hat dasselbe aus dem Grunde, weil es zuerst die Grundsätze der Encyklopädie auf dem Gebiete des Strafrechts aussprach, in Europa ein beispielloses Glück gemacht und ist in die meisten europäischen Sprachen übersetzt. Unter den deutschen Uebersetzungen ist besonders wegen der Anmerkungen merkwürdig, die von J. A. Bergk Leipz. 1798. 2 Thle. Voltaire nahm sich wie natürlich der Ausbreitung seiner Lehre auch auf diesem Gebiete der Wissenschaft an, und schrieb einen Commentar

sich zwar nicht läugnen, daß sie ein mit den übrigen religiösen und staatsrechtlichen Ansichten der Zeit genau zusammenhängendes sehr ausgebildetes System bilden, aber es mangelt ihnen, wie jenen, die Tiefe und vor allem die Wahrheit. — Zu den in jenen Grundsätzen liegenden Irrthümern rechnen wir aber vornämlich, die totale Losreißung des Strafrechts von der religiös-sittlichen Basis, auf der dieselbe bei allen Völkern des Abendlandes seit der Zeit geruht hatte, wo das Christenthum über das heidnisch-germanische Prinzip den Sieg davon trug. Der Effekt dieser Zerstörung des sittlichen Fundaments der Strafe, welche man oft durch den seltsamen Grund zu beschönigen suchte, daß die wissenschaftliche Ordnung dieselbe nöthig mache, gleichsam als ob das Leben nach eben demselben Schema zerschnitten werden müsse, nach welchem man die Gegenstände in den Compendien zu trennen für gut gefunden hatte, konnte, in Beziehung auf das geistige Leben des Volks und auf die fernere Gestaltung der Wissenschaft, nicht zweifelhaft seyn. Schon frühzeitig zeigte es sich bei manchen eifrigen Anhängern der encyklopädistischen Humanität in Deutschland, daß man bei der „Sonderung des

---

zu Beccarias Schrift. Auch Marat, der berüchtigte Ami du peuple, blutigen Andenkens, eiferte für die Verbesserung der Criminalgesetzgebung. Er schrieb einen Plan de legislation criminelle. Paris 1790. Merkwürdig ist übrigens dieses Buch wegen mancher richtigen Ansichten, und weil es bei weitem praktischer ist, als die meisten deutschen Schriften über denselben Gegenstand. — Ueber die wichtigsten Erzeugnisse jener Periode s. Schröter Handbuch S. 34 — 36 und Malblank a. a. O. S. 258 — 265. Malbl. fällt über diese Litteratur der Reformatoren des peinlichen Rechts das gutmüthige Gesammturtheil: „Läuft gleich bei manchen viel seichtes mit unter, so hat doch jeder sein Schärflein zum gemeinen Wohl beigetragen." Vergl. auch Henke a. a. O. Th. II. S. 317. u. ff.

Rechts von der moralischen Grundlage" nicht stehen blieb, sondern das ethische Recht offen und schaamlos bestritt, [15])

---

15) K. F. Hommel Philosophische Gedanken über das Criminalrecht, — — — herausg. v. K. G. Röffig Bresl. 1784. S. 135. „Wie viel stirbt nicht dem Staat junger Anflug dadurch ab, daß Obrigkeiten, welche es gottseelig gut zu machen denken, die fleischlichen Vergehen allzu hart bestrafen und ärger als die größten Missethaten rächen, wodurch sie Abtreibung der Kinder und Mord, also einen Verlust bewürken der für den Staat, ja für das ganze menschliche Geschlecht um so viel beträchtlicher ist, weil (— — —) uneheliche Kinder die dauerhaftesten Körper und die feinsten (!) Seelen haben. In der Ehe werden nicht selten dumme und blöde Pflanzen erzielet, weil der Beischlaf leider allzu oft mit Ueberdrusse auch wohl in tiefen Nahrungssorgen vor sich gehet, da hingegen die Natur die Liebeskinder mit mehrerer Schönheit, Leibesstärke und Munterkeit des Gemüths auszurüsten pflegt. Sehet also einen Schiffbruch, den die Welt nicht allein in der Menge, sondern auch in der Güte erleidet. Die Stifter der zwei größten Staaten waren Hurkinder, Theseus in Griechenland, Romulus in Italien." S. 141. „Gesetzt, daß eine Obrigkeit so scharfsichtig wäre, durch Zauberei ein Mittel zu ersinnen, wodurch die fleischlichen Begierden in ledigen Personen gänzlich ausgerottet, und mittelst einer Wippe oder Kloben herausgewunden, vertilget, vernichtet werden könnten, nehmlich daß bei ihnen weder Jüngling noch Mädchen liebte, was würden sie dadurch gewinnen? Dieses, daß jährlich einige Tausend Einwohner in Zukunft weniger geboren würden. So wenig Hoffnung da ist, daß sich dergleichen Werkzeug oder Wippe jemals erfinden lassen werde, so sehr zweifle ich, daß ein solches der Wunsch eines Staatsklugen, der Alles auf die Bevölkerung des Landes gründet, seyn dürfte." Auch Soden sagt von den Fleischesverbrechen: „Sie sind nur Verbrechen der Sinne, nicht des Herzens, sie sind das Kind des Feuers und der Lebhaftigkeit des Bluts. — — — Naturrecht spricht ihnen, wenn ich Sodomie abrechne, überall das Wort. Originelle Rechte werden niemals durch dieselben verletzt." — Dergleichen Aeußerungen haben das Verdienst, die Pseudophilosophie in ihrer wahren Gestalt zu zeigen.

und direkt oder indirekt die Parthei des Verbrechens nahm, auch wohl sogar dem Menschen ein natürliches Recht auf unsittliche Handlungen einräumte, eine Verirrung, die in weniger verwirrten Zeiten sich schwerlich auszusprechen, und dadurch die öffentliche Gesinnung noch mehr zu verderben gewagt hätte. Mußte durch dergleichen Sophismen schon von selbst die sittliche Strenge wegfallen, mit der das Volk und die Wissenschaft das Verbrechen bisher betrachtet hatte, so geschah dieses noch mehr, als man die sehr alte Irrlehre von der Unfreiheit des menschlichen Willens, die, wenn sie konsequent verfolgt würde, das gesammte Strafrecht wenn auch nicht vernichten, so doch als etwas durchaus Absurdes darstellen müßte, — auch auf das Gebiet dieser Wissenschaft verpflanzte, und dadurch die Lehre von der Zurechnung und den Gründen der Zurechnungslosigkeit, in eine vollkommene, bis jetzt noch nicht ganz gehobene, Verwirrung brachte. — Mit diesen falschen Ansichten fällt das Bestreben zusammen, die, tief im Bewußtseyn des Volks gegründete wahre Ansicht von der Strafe, daß sie eine auf das ewige Weltgesetz der Gerechtigkeit gegründete Vergeltung des Unrechts sey, zu verdrängen und die Ehrfurcht des Volks vor dem Strafamte der Obrigkeit, als vor einer göttlichen Anordnung, dadurch zu vernichten, daß man der Strafe entweder, angeblich als Rechtsgrund, einen fingirten Vertrag des Verbrechers mit der Regierung, sich bestrafen zu lassen, oder irgend eine äußerliche Nützlichkeitsbeziehung unterschob, die man dann für das Hauptsächlichste an derselben erklärte. Einer der gefährlichsten Irrthümer aber, wodurch allen andern nur irgend möglichen, auch in der Criminalpraxis Thür und Thor geöffnet wurde, war es, wenn man das subjektive, durchaus nicht zu kontrollirende Raisonnement eines Jeden, unter dem Namen der

Philosophie zu einer Rechtsquelle erhob, und so dem Rechte selbst, seinen objektiven Charakter zu rauben drohte. — In Frankreich rettete die Weltklugheit der Gewalthaber, welche sich der würklichen Mißbräuche des ältern Rechtszustandes faktisch zu entledigen suchte, und die Theorie der Aufklärung Preis gab, die praktische Seite des Strafrechts, und man hielt dort, wie bei den Römern, indem man das sittliche Prinzip auf sich beruhen ließ, die politische Beziehung der Strafe, mit großer Kenntniß dessen, was im Leben Noth thut, und nicht ohne große gesetzgeberische Umsicht, fest. — In Deutschland aber war der Effekt jener Theorieen in der Wissenschaft wie in der Praxis ein höchst trauriger, und es endigte jene Richtung nicht bloß mit der vollkommensten Ungewißheit der Rechtspraxis, sondern gewissermaßen mit dem völligen Untergange des praktischen gemeinen Criminalrechts, — der das Einschreiten der partikulären Gesetzgebungen um so nothwendiger machte, als von der in allen Punkten selbst so ungewissen und schwankenden Theorie keine Rettung zu erwarten war. [16]) Als endlich die Pseudophilosophie ihren Credit in der Welt verloren hatte, und unter den Juristen eine Neigung für das geschichtliche Recht erwachte, nahm auch die Bearbeitung der Strafrechtswissenschaft wieder eine bessere Richtung.

---

16) Es versteht sich hierbei wohl von selbst daß auch während dieser Periode, einzelne treffliche Leistungen im Gebiete der positiven Strafrechtswissenschaft geliefert wurden, und in der Litteratur überhaupt manche glänzende Talente hervortraten; beides aber war nicht vermögend, der geistigen Strömung der Zeit, wie sie oben geschildert ist, eine andre Richtung zu geben. Auch braucht es wohl nicht besonders bemerkt zu werden, daß jene Richtung der Strafrechtswissenschaft selbst, als ganz unabhängig betrachtet werden muß, von der subjektiven Intention der Männer, die sie theilten, beförderten oder ihr folgten.

Die geschichtliche dogmatische Methode ist jetzt die herrschende. — Wie erfreulich dieses auch ist, so darf dabei doch nie außer Acht gelassen werden, daß über dem rein Geschichtlichen nicht die praktische Gegenwart vergessen werden darf, sondern daß die Rücksicht auf historisches und jetziges Recht mit einander in der Weise am passendsten verbunden werden kann, daß die Rechtsgeschichte hauptsächlich zur Erläuterung des heutigen Zustandes verwendet, und ihr durch diese Beziehung auf die Gegenwart, eine praktische Spitze gegeben wird. Auch kann das Strafrecht eine feste Begründung durch höchste leitende Prinzipien, wenigstens bei dem in Deutschland obwaltenden Bedürfnisse, durchaus nicht entbehren und der gerechte Abscheu gegen den frühern Unfug, darf sich jetzt nicht bis zur Aversion gegen jede Beschäftigung mit der philosophischen Seite dieser Disciplin erstrecken, da schlechte Grundsätze nur durch die Aufstellung von bessern überwunden werden können. [17])

§. 12.

Die neuern Strafgesetzgebungen in Deutschland.

Schon gegen Ende des vorigen Jahrhunderts zeigt sich die, zuerst durch das Bedürfniß, späterhin durch die herrschende Philosophie hervorgerufene, Thätigkeit der Gesetzgebung. In Baiern wurde unter der Regierung Maximilian's III. der vom Freiherrn von Kreitmayr ver-

---

17) Vergl. über den gegenwärtigen Zustand des Strafrechts in Deutschland: Mittermaier Ueber die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetz-Büchern Bonn 1819. Derselbe. Ueber den neuesten Zustand der Criminalrechtswissenschaft in Deutschland. In N. A. des Crim. Rechts Bd. IV. S. 76. ff.

fertigte Criminalkodex schon im Jahre 1751 publicirt, [1]) in Oestreich erschien im Jahre 1768 die Constitutio criminalis Theresiana. Während diese Gesetze noch ganz auf der ältern Basis ruhen und in der That in einzelnen Strafbestimmungen zu wenig die gänzlich veränderten Zeitverhältnisse beachten, ist das unter Joseph II. im Jahre 1787 promulgirte „allgemeine Gesetz über Verbrechen und Strafen," rein aus der damaligen Aufklärung hervorgegangen. Eine richtige Mitte hält dagegen im Ganzen der 20ste Titel des allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten, (welches im Jahre 1794 Gesetzeskraft erhielt,) [2]) welcher weniger auf den Theorieen jener Zeit beruht, als vielmehr die niedergeschriebene gemeinrechtliche Praxis der Zeit enthält, in welcher das Land-

---

1) S. Henke Geschichte Bd. II. S. 415. Lipowsky Geschichte des baierschen Criminalrechts S. 128 und 129.

2) Ueber das ältere Criminalrecht in den Preußischen Staaten vergl. Klein Geist des Criminalwesens in den verschiedenen Zeitpunkten der preußischen Regierung. Aelt. Archiv des Criminalrechts Bd. I. Stck 1. Num. 6. Hülfsmittel beim Studium und der Anwendung des preußischen Criminalrechts sind: v. Strombeck Zusätze zum 20sten Titel des preußischen Landrechts. Berlin 1822. Hoffmann Repertorium der in Criminal- und Fiskal-Untersuchungssachen geltenden nähern Bestimmungen der pr. Landesgesetze Züllichau 1817. Berger Repertorium des königl. preuß. Criminalrechts Zeitz 1819. Glossen zum preußischen Criminalrechte Breslau 1818. — Die neueste wissenschaftliche Unternehmung welche sich auf das preußische Strafrecht bezieht ist die seit dem Jahre 1825 erscheinende: Zeitschrift für die Criminalrechtspflege in den preußischen Staaten mit Ausschluß der Rheinprovinzen von Jul. Ed. Hitzig. Brauchbar für das ältere preußische Criminalrecht sind besonders: C. F. W. A. Vater Uebersicht des Gemein-Preußischen, besonders aber Preußisch-Schlesischen Criminalwesens 2 Thle. Breslau 1802 und v. Hymmen Beiträge zur juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten. Berlin und Dessau 1775 — 1785. 8 Bände.

recht entstand. — Darauf hemmten eine Zeitlang die Kriegsläufte das Fortschreiten der Strafgesetzgebung in Deutschland, und erst zu Anfang dieses Jahrhunderts „erschien das großherzoglich badische Strafedikt," publizirt den 4ten April 1803, welches nicht sowohl ein vollständig neues Gesetzbuch als vielmehr eine, meistentheils sehr zweckmäßige, Normirung der Praxis ist. [3]) Auch in Oestreich erging in eben demselben Jahre, (den 3ten Sept. 1803) „das Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen," [4]) und auch in Baiern bereiteten schon damals zwei Entwürfe von Kleinschrod und Feuerbach, [5]) „das Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern" vom Jahre 1813 vor. [6]) Aber obgleich dieses Gesetzbuch mit einigen

---

3) Das großherzoglich badische Strafedikt mit seinen Erläuterungen und Zusätzen herausgegeben von Rhenanus. Mannheim 1823.

4) Das östreichische Strafgesetzbuch ist häufiger bearbeitet als irgend ein andres neueres deutsches Strafgesetzbuch. v. Zeiller Vorbereitung zur neuesten östreichischen Gesetzkunde in Straf- und Civiljustizsachen. Wien und Triest 1810. 4 Bände. v. Egger Kurze Erklärung des Oestreichischen Gesetzbuches über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen. Wien und Triest 1816. 2 Bde. Sebast. Jenull Das Oestreichische Criminalrecht, nach seinen Gründen und seinem Geiste dargestellt. Grätz 1820. 4 Bände 2te Aufl. Joh. Borschitzky Handbuch des Oestr. Gesetzes über Verbrechen vom 3ten Sept. 1803, mit allen auf dieses Fach Bezug habenden Verordnungen Erläuterungen und sonstigen Hülfsquellen. Prag 1815.

5) Kleinschrod Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die Kurpfalzbaierischen Staaten. München 1802. Feuerbach Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen. München 1810.

6) Zu diesem gehören (F. W. Doppelmayr) Sammlung der Erläuterungen und Rescripte für das Königreich Baiern. 2te Auflage. Nördlingen 1825. v. Gönner und v. Schmidtlein

geringen Abänderungen auch in Oldenburg [7]) und Weimar [8]) eingeführt wurde, so erlitt es dennoch in Baiern selbst durch eine sehr große Reihe von spätern Gesetzen so große Abänderungen, daß das Bedürfniß nach einer neuen Gesetzgebung schon nach wenigen Jahren gefühlt wurde, und es erschien [9]) im Jahre 1822 ein „Entwurf des Strafgesetzbuchs." Außerdem sind für mehrere deutsche Länder bereits Entwürfe einer neuen Strafgesetzgebung vorhanden, [10]) in andern beschäftigt man sich mit Abfassung der-

---

Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreich Baiern 3 Bände. Erlangen 1818 — 1820.

7) Die Abänderungen die das bairische Strafrecht im Oldenburgischen Gesetzbuche erlitt, finden sich aufgeführt im Neuen Arch. des Cr. R. Bd. IV. Stck 2. S. 162.

8) S. Ueber die Einführung des baierischen Strafgesetzbuches in Weimar mit Betrachtungen über den Werth dieses Gesetzbuches, im Neuen Archiv. Bd. II. Stck 1. S. 54.

9) Dieser wurde der Gegenstand vieler Critiken. J. F. Binder Bemerkungen zum Entwurfe des Strafgesetzbuchs. Nürnberg 1824. C. Cucumus Ueber das System eines Strafgesetzbuchs hinsichtlich der Polizeiübertretungen, ein Beitrag zur Beurtheilung des baierischen Entwurfs, im N. Archiv d. Crim. R. Bd. VII. Stck 2. S. 280 — 281. F. J. Lipowsky Materialien zur baierischen Strafgesetzgebung. München 1822. Mittermaier Der neue Entwurf des Strafgesetzbuchs u. s. w. mit Bemerkungen. Im Neuen Arch. d. Cr. R. Bd. VI. Stck 2. S. 174. Stck 3. S. 3. S. 351. A. S. Oersted Ausführliche Prüfung des neuen Entwurfs zu einem Strafgesetzbuche f. d. Königr. Baiern. Kopenhagen 1823. J. A. Seuffert Beiträge zur Gesetzgebung insbesond. des Königr. Baiern 1823. J. H. Thoma Bemerkungen über den Entwurf des Baier Strafgesetzb. Sulzbach 1824. M. L. Wellmer Bemerkungen über den Entw. Nürnberg 1825. Vergleichende Critik des Entw. des Str. G. B. für Baiern, mit d. baier. Str. G. B. v. J. 1813, besonders zum Gebrauch der Landstände. Nürnb. 1823. Vergl. auch Hitzig Zeitschrift. Bd. I. Heft 1. S. 232 u. 233.

10) Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hanno-

selben [11]) und es ist mithin zu erwarten, daß in Kurzem, das gemeine deutsche Recht, als ein in der Praxis anwendbares, verschwunden, und jedes deutsche Land mit seiner Territorialgesetzgebung versehen seyn wird. — Wie die Geschichte der Gesetzgebung iu Deutschland grade diesen Weg genommen, ist, unter den obwaltenden Verhältnissen, nicht schwer zu erklären, und es ist, weil es einmal so gekommen ist, die Frage ganz überflüssig: ob, wenn man einmal sich mit einer bloßen Revision des Bestehenden nicht begnügen wollte, eine Strafgesetzgebung für sämmtliche Staaten des deutschen Bundes, nicht mit einem weit geringern Aufwande an Zeit, Mühe und Kosten hätte geliefert werden können, als es jetzt der Fall ist? [12]) Neben diesen neuern Gesetzgebungen kömmt nun der Gerichtsgebrauch und

---

ver. Hannover 1825. Mittermaier Ueber den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutschland mit Prüfung der neuen Entwürfe für die Königreiche Hannover und Sachsen. Heidelberg 1825. Für das Königreich Sachsen existiren Entwürfe von Erhard (Gera und Leipz. 1816) Tittmann (Meißen 1813) und Stübel, (dessen Entw. aber nicht in den Buchhandel gekommen ist.) Auch für Würtemberg existirt bereits ein Entwurf. S. Mittermaier Der neue Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Würtemberg. Mit Bemerkungen. Neues Arch. Bd. VI. Stck. 4. S. 634.

11) So im Großherzogthum Hessen, Weimar, Hamburg. S. Hitzig Zeitschrift Bd. 1. Heft 1. S. 231.

12) Sehr viele, nicht zu übersehende, Winke in Beziehung auf die Criminalgesetzgebung, giebt Mittermaier an vielen Orten im Neuen Archiv. S. auch dessen Aufsatz Ueber die neuesten Fortschritte der Crim. Gesetzgebung in Teutschland. N. A. Bd. IV. Stck 1. S. 1. u. ff. — Vergl. auch des Verfassers Beiträge zur Revision der preußischen Strafgesetzgebung, (Ueber die Strafgesetzgebung und ihr Verhältniß zur Philosophie und über Fassung, Form und System eines Strafgesetzbuches.) in Hitzig's Zeitschrift Bd. I. Heft 4. S. 366 — 396.

die Theorie, weit weniger als eine Quelle in Betracht, als dieses beim gemeinen Rechte der Fall ist. Der Gerichtsgebrauch hat heutzutage, wo man mitunter darauf ausgegangen ist, dem Richter die Gränzen seiner Gewalt so eng als möglich zu ziehen, weit weniger Raum zu seiner Entwickelung als früher; zuweilen ist ihm sogar alle Kraft durch das Gesetz abgesprochen, zuweilen ist auch aus dem Grunde ein Entstehen desselben unmöglich gewesen, weil die Gesetzgebung zu thätig war und das Gesetzbuch, als die Basis der Rechtspflege, zu oft änderte, als daß eine Praxis, welche sich, wie jedes Gewohnheitsrecht nur langsam hervorbilden kann, Zeit zum Gedeihen gehabt hätte. Wegen dieser langsamen Entstehung derselben ist es dann überhaupt unmöglich, jetzt schon, von dem Verhältnisse des Gerichtsgebrauchs zu den neuern deutschen Gesetzgebungen, und dem Einflusse desselben auf dieses neuere geschriebene Recht, mit Bestimmtheit und Ausführlichkeit zu sprechen, obwohl nichts destoweniger in der Würklichkeit die Praxis immer eine unentbehrliche Ergänzung bleiben wird, weil das Leben nothwendig mehr einzelne Fälle berührt als das weitläuftigste Gesetz, und weil grade bei der Anwendung eines weitläuftigen Gesetzes, noch dazu wenn dieses das richterliche Ermessen auszuschließen strebt, sich am ersten Controversen über die Interpretation erheben, welche die Entscheidung durch den Vorgang älterer Rechtssprüche wünschenswerth machen. [13]) Eben so ist der, mit der Praxis genau zusammenhängenden, Theorie, nach dem Prinzip der neuern deutschen Gesetzgebungen, wenig praktischer Einfluß

---

13) In Frankreich ist dagegen die jurisprudence des arrêts, eine sehr wichtige, in der Organisation des gesammten französischen Gerichtswesens anerkannte, subsidiäre Quelle der Rechtspflege.

übrig gelassen, weil häufig in dem Gesetzbuche selbst, die theoretischen Prinzipien, nach welchen der Richter zu entscheiden hat, wenn ihm der spezielle Theil des Gesetzbuchs etwa freien Spielraum läßt, aufgestellt und mit Gesetzeskraft versehen sind. — Läßt sich gleich dieses Hinübergreifen in die Sphäre der Lehrbücher durch den oben geschilderten, jüngst vergangenen, Zustand der Theorie entschuldigen und erklären, so hat es auf der andern Seite wieder den lähmenden Einfluß auf die Theorie gehabt, daß für eine wissenschaftlich-praktische Bearbeitung der neuern Quellen des Strafrechts in Deutschland, (z. B. durch erläuternde, ergänzende, an das ältere Recht anknüpfende, die Entscheidungen der Gerichtshöfe berücksichtigende, Commentare) verhältnißmäßig viel weniger geschehen ist als in Frankreich, wo die Doktrin der Juristen und die Entscheidungen der Gerichtshöfe, eine organische Umgebung des eigentlichen Gesetzes bilden. [14])

---

14) Während die Theorie und Praxis der Juristen in den neuesten deutschen Gesetzen so gut wie gar keine rechtlich anerkannte Existenz haben, ist den Theorieen der Aerzte, ja sogar der individuellen Meinung Einzelner, in Beziehung auf die Hauptfrage bei jedem Strafverfahren, (nämlich die Zurechnungsfähigkeit des Angeschuldigten) ein durchaus und uneingeschränkt freier Spielraum gestattet.

Drittes Kapitel.

Von den Hülfsmitteln beim Studium und der Anwendung des Strafrechts, und der Litteratur der Strafrechtswissenschaft.

§. 13.

Hülfsmittel.

Zu den Hülfsmitteln bei dem Studium und der Anwendung des Strafrechts gehören: 1) philologische, [1]) 2) historische Kenntnisse. Die Geschichte soll aber dem Juristen weder zur Befriedigung einer bloßen Liebhaberei an Antiquitäten, als solchen, dienen, [2]) noch als eine Beispielsammlung, aus der etwa das, sich als passend Empfehlende, für den heutigen Gebrauch auszuwählen wäre, weshalb es denn auch kein historischer Beweis für die Anwendbarkeit eines Institutes ist, daß dasselbe zu irgend einer Zeit, und unter irgend einem Volke einmal bestand. — Die Geschichte soll vielmehr, mit praktischem Sinne getrie-

---

1) S. Mittermaier Grundsätze des gem. deut. Privatrechts. §. 38. Note 5. und das oben §. 7. Note 10. angeführte Glossarium von Walch.

2) Für den Philologen, Geschichts- und Alterthumsforscher, haben, wie sich von selbst versteht, auch die Antiquitäten als solche, einen Werth. Hier ist nur von der Rechtsgeschichte die Rede.

ben, dadurch einen Aufschluß über die Gegenwart gewähren, daß sie zeigt, wie das jetzt Geltende entstanden ist. — Dabei ist denn freilich Gründlichkeit und Gewissenhaftigkeit, in Beziehung auf die Thatsachen, eben so nothwendig, als modernen Interessen kein Einfluß auf die Darstellung der Vergangenheit zu gestatten ist. — Auf diese Weise behandelt, ist die Geschichte ein nicht genug zu empfehlendes Hülfsmittel für den Juristen.[3]) 3) Die Philosophie des Strafrechts, oder das Begreifen der Idee der Gerechtigkeit, das Erkennen der sittlichen Weltordnung in der Strafe, ist für den wissenschaftlichen Juristen schon deshalb unentbehrlich, weil ein Verirren in dem Labyrinthe der s. g. Strafrechtstheorieen des vorigen Jahrhunderts für die ganze Behandlungsweise der Wissenschaft nachtheilig ist. — Dieses Begreifen, wobei freilich die sittliche Welt, wie die Natur, zuvörderst als ein vernünftig geordnetes Ganze gedacht wird, in welches nicht erst der Mensch die Vernunft hineinzutragen, sondern die Vernunft in der Welt zu erkennen hat, ist aber weit verschieden, von dem früher üblichen Aufstellen irgend einer, angeblich a priori gefundenen Formel, nach welcher man, abstrahirend von der Geschichte, beurtheilen wollte, welche historischen Erscheinungen vernünftig seyen oder nicht, und auf diese Weise einen beschränkten bloß subjektiven Standpunkt, für das höchste und letzte Richtmaaß der Geschichte ausgab. — Eine tiefere Philosophie des Strafrechts ist dagegen unzertrennlich von der universellen Geschichte des Strafrechts, [4]) welche

---

3) Die Litteratur der Geschichte des Strafrechts s. oben Kapitel 2.

4) Eine solche zu liefern liegt nicht in dem Plane dieses Lehrbuchs.

zeigt, wie die Idee der Strafe in einem unendlichen mannichfaltigen Reichthume geschichtlicher Erscheinungen in's Leben getreten ist. Diese verschiedenen geschichtlichen Formen des Strafrechts, sind dann mit einander zu vergleichen und die wahre philosophische Critik derselben liegt darin, daß das innere geistige Verhältniß derselben zu einander und ihre Unterordnung unter einander nachgewiesen wird, [5]) je nachdem die Idee der Gerechtigkeit mehr oder weniger rein, vollkommen oder gebrochen durch die vorhandenen menschlichen Verhältnisse sich in der Geschichte manifestirt. Unzertrennlich ist ferner von einer solchen philosophischen Auffassung der Strafe, auch zugleich die Betrachtung der politischen Seite derselben, oder die Nachweisung des nothwendigen Zusammenhanges der Strafe mit dem, bei einem jeden Volke bestehenden, Zustande des öffentlichen und häuslichen Lebens, und mit der Religion, der Sitte und der Geschichte, als wodurch die Erscheinung der Strafe in jedem Staate bedingt, und an welche Bedingungen auch die Gesetzgebung gebunden ist. Hierbei muß denn zugleich nachgewiesen werden, wie die Strafe, (die ihrem Begriffe nach eben so wenig einen Zweck hat, wie etwa die Gerechtigkeit, die Ordnung der Welt oder die Wahrheit,) auch durch ihren äußern Effekt und ihre Erscheinung, ein Mittel der Aufrechthaltung des rechtlichen Zustandes unter den

---

5) Auch die Arten und Geschlechter der Thierwelt sind sämmtlich Erzeugnisse der Natur, aber sie bilden unter sich eine geordnete Reihe und Abstufung, vom Menschen abwärts, bis wo sich die animalische Schöpfung und die Pflanzenwelt begegnen. Auch die Geschichte ist eine solche in sich geordnete Welt, und die Philosophie hat die Aufgabe diese innere Ordnung zu erkennen. — Das Recht ist aber ein Theil der Geschichte.

Menschen ist, und wie dieselbe in das Leben des Einzelnen, als eines sittlichen Individuums eingreift. 4) Die Vergleichung des bei uns geltenden Rechts mit andern Rechtssystemen, ist, auch abgesehen von der Nothwendigkeit derselben, zum Behufe der Universalgeschichte des Strafrechts ein Hülfsmittel für den technischen Juristen, damit er das Recht, welches er anzuwenden hat, besser kennen lerne. — Die Gesetzgebung kann besonders aus einer solchen Vergleichung, dienliche Resultate in Beziehung auf die zweckmäßige Form und Fassung des Strafgesetzes ziehen. [6]) Endlich gehört 5) Zu den Hülfswissenschaften auch die gerichtliche Arzneiwissenschaft, [7]) welche

---

6) Vornämlich wichtig ist in dieser Beziehung die Vergleichung mit dem römischen und französischen Strafrechte, der C. C. C. und den neuern Gesetzgebungen. Der Code pènal (vom Jahre 1810) dürfte besonders bei einer solchen Vergleichung nicht zu übersehen seyn, theils weil er einen sehr bedeutenden Einfluß auf die neuen deutschen Gesetzgebungen gehabt hat, theils weil würklich die französische Rechtssprache wesentliche Vorzüge vor der unsrigen hat. Vergl. Mittermaier Ueber die neuesten Fortschritte der Criminaljurisprudenz in Frankreich. Im N. A. des Cr. R. Bd. III. Stck 4. S. 604. — Derselbe Ueber d. neuesten Fortschritte d. Cr. Jurispr. in Frankr. N. A. des Cr. R. Bd. IV. Stck 2. S. 157.

7) Hieher gehören besonders folgende Werke: Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medizin u. s. w. 5te Ausgabe. Berlin 1827. L. J. C. Mende Ausführliches Handbuch der gerichtlichen Medizin für Gesetzgeber, Rechtsgelehrte, Aerzte und Wundärzte. Leipz. 1819—20. 1ster bis 4ter Theil. Henke Abhandlungen aus d. Gebiete der gerichtl. Medizin u. s. w. Bamberg 1817 — 1820. 4 Bde. Meckel Lehrbuch der gerichtlichen Medizin. Halle 1821. Die Lehre von den Seelenstörungen behandelt besonders J. C. A. Heinroth Lehrbuch der Seelenstörungen. Leipzig 1821. Derselbe System der psychisch-gerichtlichen Medizin. Leipz. 1825. Besonders wichtig

in den neuesten Zeiten, besonders in Beziehung auf die Beurtheilung des psychischen Gesundheitszustandes des Menschen, eine so entscheidende Herrschaft über die Strafjustiz ausübt.

§. 14.

Litteratur der Strafrechtswissenschaft.

Statt der Mittheilung einer Reihe von Büchertiteln, möge hier die Verweisung auf folgende Werke genügen, in welchen sich die Litteratur des Strafrechts angegeben findet:

(H. Blümner) Entwurf einer Litteratur des Criminalrechts. Leipzig 1794.

Ch. L. Brunner, Handbuch der Litteratur der Criminalrechtswissenschaft. I. Bd. Bayreuth 1809. (unvollendet)

G. W. Böhmer, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts, in seinen allgemeinen Beziehungen, mit besonderer Rücksicht auf Criminalpolitik nebst wissenschaftlichen Bemerkungen. Göttingen 1816. 8.

Kleinschrod, Uebersicht der Litteratur des peinlichen Rechts und der peinlichen Gesetzgebung von den Jahren 1798 — 1803. Im Alten Arch. des Crim.-Rechts. Bd. I. Stck 4. S. 111. u. ff. Bd. II. Stck 4. S. 16. u. ff. Bd. V. Stck 1. S. 1. u. ff. Bd. VI. Stck 3. S. 1. u. ff.

Derselbe. Uebersicht der Litteratur des peinlichen Rechts von 1804 — 1813. Im Neuen Arch. des Crim.-Rechts. Bd. I. Stck 3. S. 471.

---

für die Charakteristik des Zustandes dieser Lehre in der Praxis, sind die zahlreichen, in Hitzig's Zeitschrift mitgetheilten Gutachten über zweifelhafte Gemüthszustände.

Eine genaue Uebersicht der neuerscheinenden Schriften strafrechtlichen Inhalts liefert fortwährend das neue Archiv des Cr.-R. in der fortlaufenden Rubrik: „Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften" Auch Hitzig's Zeitschrift u. s. w. enthält unter den „stehenden Rubriken," eine „Criminalistische Zeitung" und „Litteratur."

Allgemeine Lehren des Strafrechts.

Erster Abschnitt.

Vom Verbrechen.

Erstes Kapitel.

Vom Verbrechen überhaupt.

§. 15.

Begriff des Verbrechens im juristischen Sinne.

Das Verbrechen im juristischen Sinne wird lediglich bestimmt durch das positive Recht eines jeden Landes. Welche Handlungen oder Unterlassungen hiernach unter Strafe verboten sind, sind Verbrechen, (im weitesten Sinne des Worts,) wonach hieher auch s. g. Vergehen und bloße Polizeiübertretungen gehören, als welche, wie man gewöhnlich annimmt, neben den eigentlichen Verbrechen im engsten Sinne, besondere Unterabtheilungen des Verbrechens im Allgemeinen bilden. Daß aber das Verbrechen diese Bedeutung, (in der bloß juristischen Sphäre,) würklich habe, folgt sowohl aus einer unbefangenen Betrachtung dessen, was geschieht, als auch aus der richtigen Auffassung der Natur des richterlichen Amtes. Der Richter nämlich hat lediglich das vorliegende Faktum unter den vorhandenen Rechtssatz zu subsumiren, und kann mithin keine Strafe verhängen,

wo ein solcher fehlt. [1]) Hierbei ist es aber eine ganz andre Frage, wie dieser Rechtssatz beschaffen, und ob er nothwendig ein Gesetz seyn müsse? [2]) Von der oben schon erwähnten, in den Ansichten des vorigen Jahrhunderts begründeten Verwerfung alles ungeschriebenen Rechts und des Herkommens, als Quelle der Strafrechtspflege, und den damaligen Theorieen über Rechtsgrund und Zweck der Strafe, ausgehend, haben manche neuere Criminalisten behauptet, daß zum Begriffe des Verbrechens nothwendig ein Strafgesetz, im engsten Sinne des Worts, d. h. eine von der höchsten Gewalt in einem Lande promulgirte ausdrückliche Norm gehöre, und daß nur, wo diese vorhanden sey, die Strafe gerechtfertigt werden könne. Obgleich diese Behauptung nun eben so unrichtig ist, als die Gründe, auf welche sie sich gewöhnlich stützt, und obgleich man nach der Natur des Rechts, dem Gewohnheitsrechte im Allgemeinen mit den eigentlichen Gesetzen völlig gleiche Kraft beilegen muß, so läßt es sich doch nicht läugnen, daß es Zustände des öffentlichen Lebens geben kann, welche es wünschenswerth machen, daß das bisherige ungeschriebene Recht, namentlich in Beziehung auf die, auch staatsrechtlich so sehr wichtige, Frage: welche Handlungen als Verbrechen zu bestrafen seyen, — in geschriebenes verwandelt werde. Es kann nämlich mit Recht oder Unrecht, das Mißtrauen gegen die Regierung eines Landes entstanden seyn, daß sie sich der Strafjustiz zur Verübung von Ungerechtigkeiten zu

---

1) Fr. 14. §. 14. D. de religiosis et sumpt. (XI. 7.) Divus Marcus rescripsit: eum heredem, qui prohibet funerari ab eo, quem testator elegit, *non recte facere, poenam tamen in eum statutam non esse.*

2) S. oben §. 10.

bedienen, und Unschuldige unter diesem Vorwande zu verfolgen im Stande sey; in diesem Falle ist es denn erklärlich, wie man den bisherigen, auf wechselseitigem Vertrauen beruhenden Zustand, — wonach die Praxis als unbedingte Rechtsquelle, auch die Rechtssätze liefert oder näher bestimmt, die über das Vorhandensein des Verbrechens entscheiden, — nicht mehr für genügend hält und in dem geschriebenen Rechte, sich eine Garantie gegen Willkühr und ungerechte Gewalt zu verschaffen sucht. — Als die Regel für alle Zustände der bürgerlichen Gesellschaft, läßt sich dieses aber keineswegs ansehen. Eben so werden solche Handlungen, die nicht zugleich ein Verbrechen im sittlichen Sinne sind, sondern die um des allgemeinen Nutzens für solche erklärt werden, nach dem gewöhnlichen Entwickelungsgange des Strafrechts nicht durch die Praxis, sondern durch Gesetze im engern Sinne verpönt werden. Endlich leidet es keinen Zweifel, daß wenn neuere Gesetzgebungen, ausdrücklich oder stillschweigend erklären, daß nur diejenigen Handlungen und Unterlassungen, die in ihrem Texte oder in andern speciellen Gesetzen, auf welche sie verweisen, als Verbrechen aufgeführt werden, als solche angesehen und bestraft werden sollen, der Richter an diese Vorschrift gebunden ist. — Mit dieser Fassung des Strafgesetzbuches hängt dann auch auf das Genaueste, die unten zu erörternde Lehre von der Gränze der Befugniß des Richters, bei der Interpretation der Gesetze und der Anwendung der Rechtsanalogie zusammen. — In den meisten neuern Gesetzgebungen ist aber der Begriff des Verbrechens in der oben angeführten Weise angegeben, während die C. C. C. es ausdrücklich anerkennt, daß über das Vorhandensein des Verbrechens, außer den Artikeln der P. H. G. O. selbst, auch das kaiserliche Recht,

die guten zulässigen Gewohnheiten und die Rechtsanalogie entscheiden sollen. [3])

---

3) C. C. C. Art. 104. — — — Aber sonderlich ist zu merken, inn was sachen (oder derselben gleichen) unser Kaiserlich recht, keynerley peinlicher straff am leben, ehren, leib oder glidern setzen, oder verhangen, daß Richter und urtheyler die solcher rechten nit gelert sein, mit erkenntnuß solcher straff desto weniger wider die gemelten rechten, oder gute zulessig Gewohnheit handeln, so wirt hernach vonn etlichen peinlichen straffen, wenn und wie die gedachten recht, guter gewonheyt, und vernunfft nach geschehen sollen, gesetzt. Art. 105. Item ferner ist zu vermerken, inn was peinlichen fellen oder verklagungen, die peinlichen straff inn diesen nachvolgenden Artickeln nit gesetzt oder gnugsam erklert oder verstendig wer, sollen Richter und urtheyler (so es zu schulden kompt,) radts pflegen, wie inn solchen zufelligen oder unverstendtlichen fellen, unsern Keyserlichen rechten und diser unser ordnung am gemessigsten gehandelt und geurtheylt werden soll, und alßdann jre erkenntnüß darnach thun, wann nit alle zufellige erkenntnüß und straff inn diser unser ordnung gnugsam mögen bedacht und beschriben werden. Oestr. Gesetzbuch über Verbr. u. schwere Polizei-Uebertretungen. Einleitung §. VI. Als ein Verbrechen jedoch, und eben so als eine schwere Polizei-Uebertretung, kann nur dasjenige behandelt und bestraft werden, was in diesem Strafgesetzbuche ausdrücklich für ein Verbrechen, oder für eine schwere Polizei-Uebertretung erklärt wird. §. VII. Die Behandlung und Bestrafung anderer Uebertretungen bleibt den dazu bestimmten Behörden, nach den darüber vorhandenen Vorschriften vorbehalten. Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern von 1813. Art. 1. Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein Gesetz ein Uebel gedrohet hat, ist diesem gesetzlichen Uebel als seiner Strafe unterworfen. Allg. Landr. f. d. preuß. Staaten. §. 9. Theil II. 20. Handlungen und Unterlassungen, welche nicht in den Gesetzen verboten sind, können als eigentliche Verbrechen nicht angesehen werden, wenn gleich Einem oder dem Andern daraus ein würklicher Nachtheil entstanden seyn sollte. *Code d'instruction criminelle* art. 364. La cour prononcera l'absolution de l'accusè, *si le fait dont il est declarè coupable n'est pas defendu par une loi penale.* art. 429. *Lorsque l'arrêt sera anullè parceque le*

§. 16.

Begriff des Verbrechens im sittlichen Sinne.

Schon der Umstand, daß die Handlungen und Unterlassungen, welche als Verbrechen bestraft werden, in den meisten Rechtssystemen der verschiedensten Zeiten und Völker im Ganzen immer dieselben sind, beweist, daß diesen verschiedenen Erscheinungen und geschichtlichen Formationen des Rechts ein höheres Gesetz zum Grunde liegt, und daß es nicht von der Willkühr der Gesetzgeber abgehangen habe, welche Handlungen sie für Verbrechen erklären wollten. — Um diesen höhern Anhaltspunkt der einzelnen positiven Rechtssysteme zu bezeichnen, hat man sich denn bei der Definition des Verbrechens, nicht mit jener bloßen Verweisung auf das konkrete positive Recht begnügt, sondern die nothwendigen Merkmale desselben in die Definition hineingetragen, woher es deren so viele, als einzelne Systeme oder Theorieen des Strafrechts giebt. [1]) — Nun ist es aber, auch abgesehen von diesen äußern, in Gesetz und Gewohnheit ausgesprochenen Normen gewiß, daß es ein ewiges

---

fait qui aura donnè lieu à une condamnation se trouvera n'être pas un delit qualifiè par la loi, le renvoi, s'il y a une partie civile, sera fait devant un tribunal de première instance autre que celui auquel aura appartenu le juge d'instruction, et s'il n'y pas de partie civile, aucun renvoi ne sera prononcè. *Code penal* art. 484. Dans toutes les matières qui n'ont pas été reglèes par le present Code, et qui sont regies par des lois et reglemens particuliers, les cours et les tribunaux continueront de les observer.

1) Die früher üblichen Begriffsbestimmungen des Verbrechens, finden sich großentheils angegeben bei Kleinschrod Systematische Entwickelung der Grundbegriffe des peinl. Rechts, Th. I. §. 5. u. ff. und Henke Handbuch Th. I. S. 186. Vergl. auch Wächter Lehrbuch Th. I. §. 42.

sittliches Gesetz giebt, welches in der Weltordnung gegründet und in sich vernünftig und nothwendig ist. Dieses entscheidet, ohne Rücksicht auf das bloß menschliche Recht, über Recht und Unrecht im sittlichen Sinne. Seinen Repräsentanten hat dieses göttliche Gesetz im menschlichen Gewissen, welches freilich, als etwas Subjektives, nicht die höchste und letzte entscheidende Norm, aber das Bewußtseyn von dem Daseyn einer solchen ist, und es erscheint als göttliches Recht, insofern es in dem positiven Sittengesetze der christlichen Religion ausgesprochen ist. Dasselbe entscheidet also, wie das menschliche Recht innerhalb seiner Sphäre, über die Natur der menschlichen Handlungen und Unterlassungen, und wie sich nach jenem der Begriff des (juristischen) Verbrechens bestimmt, so entscheidet lediglich das sittliche Gesetz über das Vorhandensein der sittlichen Uebertretung. [2]) — Dieser hieraus sich ergebende innere Zusammenhang zwischen dem positiven, in seiner Erscheinung wechselnden Rechte, und dem unwandelbaren Sittengesetze, wurde in früherer Zeit sehr lebendig aufgefaßt und benutzt, und man sah, mit Recht, das göttliche Recht als die wahre Grundlage auch des menschlichen Strafrechts an; die neuern Theorieen aber, (vergl. oben §. 11.) haben jene Basis nicht ohne Nachtheil für die Wissenschaft und das Leben zu zerstören, und das Strafrecht auf eigene, mit Sittlichkeit und Religion nicht zusammenhängende Prinzipien zu fundiren gesucht. — Aber abgesehen davon daß diese Ansicht der gesammten ältern Geschichte, nicht bloß des deutschen, sondern eines jeden Strafrechts, in welcher

---

2) Die Nothwendigkeit und Wahrheit des sittlichen Gesetzes zu begreifen, ist Sache der Ethik, und in sofern das Sittengesetz in der Religion als etwas Positives erscheint, der Religionsphilosophie.

jene Verbindung des menschlichen Strafrechts mit einem höhern Prinzip anerkannt wird, entschieden widerspricht, so geht zunächst daraus nur hervor, daß jener Zusammenhang zwischen dem menschlichen und göttlichen Rechte, denen, welche das Aufstellen und die Durchführung einer solchen Trennung versuchten nicht klar geworden, oder daß ihnen daran gelegen war, jene sittliche Seite des Verbrechens nicht hervorgehoben zu wissen. — Aber durch diese Nichtanerkennung von Seiten der menschlichen Criminalrechtsphilosophie, geht die Natur und Bedeutung des Verbrechens in sittlicher Beziehung noch keineswegs verloren, und das (juristische) Verbrechen hört durch jenes Ignoriren des sittlichen Prinzips noch nicht auf, auch ein sittliches Verbrechen zu seyn. Allerdings ist es nämlich auch möglich in der menschlichen Reflexion, das Verbrechen, wie jeden andern Gegenstand, von dem einen oder dem andern Gesichtspunkte aus zu betrachten, und von allen andern zu abstrahiren. — Es geschieht dieses namentlich immer, wo dieser Gegenstand in ein bereits fertiges subjektives System hinein gepaßt werden soll. Entwickelt man aber umgekehrt, die Grundsätze aus der Sache selbst, und geht von dem Vorsatze aus, diese zu erkennen, wie sie ist, so kann von dem geflissentlichen Uebersehenwollen des einen oder andern Gesichtspunkts nicht die Rede seyn, und es versteht sich hiernach von selbst, daß eine Ansicht, die grade die tiefste und geistigste Seite, welche der zu begreifende Gegenstand hat, nicht auffassen will, und von dieser Seite, als von einer nicht in ihr Gebiet gehörigen, spricht, wenigstens keine philosophische genannt werden kann. — Es ist also, auch abgesehen von den anderweitigen Nachtheilen jener Trennung, eine unnöthige und unphilosophische Beschränkung des Ge-

sichtskreises, wenn man von der sittlichen Natur des Verbrechens keine Notiz nimmt. — Aus dem Hervorheben und Anerkennen derselben folgt aber keineswegs, daß der Begriff des Verbrechens im sittlichen Sinne mit dem juristischen Verbrechen coincidiren, oder daß jedwede mögliche unsittliche Handlung, auch zum bürgerlich strafbaren Verbrechen erklärt werden müßte. Das Verhältniß ist vielmehr folgendes. Zunächst ist es gewiß, daß das juristische Recht dem sittlichen Gesetze nicht widersprechen, also sittlich nothwendige Handlungen eben so wenig verbieten, als unbedingt unsittliche Handlungen bei Strafe gebieten darf. Auf der andern Seite kann aber auch keineswegs behauptet werden, daß die Obrigkeit schlechthin und immer verpflichtet sey, jedwede Unsittlichkeit vor ihr Strafgesetz zu ziehen. Es zeigt sich in dieser Beziehung zuvörderst, die natürliche, in allen positiven Rechtssystemen anerkannte, Unmöglichkeit, auch die Gedanken der Menschen, die noch in keiner Weise zur That gediehen sind, vor den weltlichen Richterstuhl zu ziehen. Sodann giebt es eine ganze Reihe von Uebertretungen des sittlichen Gesetzes, welche die Staatsgewalt in den heutigen europäischen Staaten nicht bestrafen kann, weil sie nach ihrer gesammten Stellung zum Einzelnen, davon keine Notiz erhält, und, ohne unsre gesammte Weise des öffentlichen und Familienlebens von Grund aus umzuwerfen, sich dieselbe auch nicht verschaffen kann. Endlich muß die Staatsgewalt eine dritte Klasse von sittlichen Vergehen deshalb unbeachtet lassen, weil das durch den Lauf der Jahrhunderte befestigte Recht, die Umgebungen desselben im Leben des Volks, die herrschende Denkweise des letztern und das Herkommen, kurz alle faktischen Verhältnisse, welche zu verändern nicht in der Macht der Gesetzgebung steht, es also verlangen. Diese Verhält-

nisse aber, wie sie einmal sind, bedingen das menschliche positive Recht, welches nur aus gegebenen menschlichen Verhältnissen hervorgeht, und dessen gewaltsames, totales und plötzliches Umwerfen, außer der Gewißheit des Mißlingens, auch noch andre größere Uebel herbeiführen würde als die, welche man mit Strafe belegen wollte. Demnach ist also in unsern heutigen occidentalisch-germanischen Verfassungen, der Begriff des Verbrechens im positiv-rechtlichen Sinne, bei weitem enger als der, der Uebertretung des sittlichen Gebotes, und mit Recht würde man das Hinübergreifen der Staatsgewalt über die herkömmliche Gränze, also z. B. das Eingreifen des obrigkeitlichen Strafrechts in die rein häusliche Sphäre, [3]) als eine Verletzung der bei den germanischen Völkern vorkommenden bürgerlichen Freiheit ansehen. Auch läßt sich für die bei uns vorkommende bürgerliche Straflosigkeit vieler unsittlichen Handlungen, die z. B. bei den orientalischen Völkern bestraft werden, besonders der Grund geltend machen, daß der orientalische Despotismus von einem so ausgedehnten Strafrechte der bürgerlichen Obrigkeit unzertrennlich seyn würde, und daß sehr viele sittlich strafbare Handlungen dieser Art bei uns von zu zarter Natur sind, und eine zu große Delikatesse des Richters erfordern, als daß die weltliche Obrigkeit, ohne andre und größere Uebelstände herbeizuführen, sich um dieselben bekümmern, und mehr thun könnte, als dieselben dem Gewissen des Einzelnen, der öffentlichen Meinung oder der Kirche zu überlassen, oder sie auf indirektem Wege zu verhindern und ihnen zuvorzukommen, ehe sie begangen wurden. Aber diese Gränze, bis zu welcher sich

---

3) Dieses kömmt z. B. vor im chinesischen, und überhaupt in dem Strafrechte der orientalischen Völker.

das Strafrecht der Regierung erstreckt oder erstrecken kann, ist lediglich durch die vorhandenen faktischen und geschichtlichen Verhältnisse gezogen, und es ist falsch wenn man aus diesen rein positiven Prämissen, weil sie bei uns vorkommen, ein allgemein gültiges oder s. g. Vernunftgesetz ziehen will, kraft dessen der Mensch auf gewisse unsittliche Handlungen, um seiner menschlichen Natur willen ein Recht haben soll, und an denselben nie, und auf keiner Entwickelungsstufe der menschlichen Gesellschaft, gestört werden dürfe. — Praktisch wichtig wird die Frage über die Gränzlinie, bis zu welcher die Regierung eines Landes ihr Strafgesetz erstrecken dürfe, besonders heutzutage, wo viele Handlungen die noch vor einem halben Jahrhundert allenthalben in Deutschland bestraft wurden, [4]) für durchaus straflos angesehen werden, und vornämlich da, wo bei einer neuen Gesetzgebung die Frage entsteht, ob und wieviel von den ältern Strafsanktionen, welche vor der Herrschaft der falschen Theorieen galten und vornämlich durch diese abolirt wurden, wieder aufleben soll. Unbedingt wird sich hier weder die Beibehaltung des jetzigen, noch die Wiedereinführung des ältern Zustandes behaupten lassen, und die, im einzelnen Falle oft sehr schwankende, Gränze, wird immer nur mit Berücksichtigung aller obwaltenden Umstände, niemals aber nach einer abstrakten Formel, gezogen werden können.

Wenn nun gleich aus der Betrachtung der Handlungen und Unterlassungen, die bei uns als Verbrechen bestraft werden, hervorgeht, daß die meisten ohne Rücksicht

---

4) Z. B. Gotteslästerung, Fluchen, einfaches Stuprum; auch gehört dahin die Uebertretung der an den meisten Orten damals noch geltenden Kleiderordnungen.

auf das bestehende positive Recht schon Verbrechen im sittlichen Sinne sind, so ist dennoch dabei nicht zu übersehen, daß manche jener Handlungen und Unterlassungen [5]) erst durch das Strafgesetz, um des allgemeinen Nutzens willen und aus rein politischen Gründen für Verbrechen erklärt werden. Dadurch werden sie dann, insofern der Ungehorsam gegen die Obrigkeit überhaupt etwas Unsittliches ist, zugleich auch ein Unrecht im sittlichen Sinne, ohne ein solches Gesetz sind sie aber meistentheils ganz indifferent. Bei dem Erlassen solcher Polizeigesetze versteht es sich von selbst, daß die höchste Obrigkeit des Landes an die in diesem Lande bestehenden, staatsrechtlichen Normen, in Betreff der Gesetzgebung, gebunden ist, und mithin dergleichen Gesetze, auch nur auf die verfassungsmäßige Weise erlassen darf. Aus dem Vorhandensein von solchen Polizeigesetzen, ergiebt es sich aber von selbst, daß das Verbrechen durchaus nicht eine Rechtsverletzung im privatrechtlichen Sinne, oder der Eingriff eines Individuums in die Privatrechtssphäre eines Andern zu sein braucht, um bestraft werden zu können, [6]) wie man früher geglaubt hat. [7]) Vielmehr läßt

---

5) Dahin gehören z. B. unsre Post- Steuer- und Zoll-Contraventionen.

6) Vielmehr gehört hierzu lediglich das Vorhandensein eines positiven Rechtssatzes, (s. §. 15.) und es versteht sich von selbst, daß bei dem Mangel eines solchen, ein Berufen auf das sittliche Gesetz zur Anwendung einer bürgerlichen Strafe nicht genügen kann.

7) Dieser, dem Verbrechen willkührlich untergeschobene, Begriff einer Rechtsverletzung, im privatrechtlichen Sinne, wurde sogleich dazu benutzt, viele früher bestraften Handlungen für straflos zu erklären, weil dieselben keine Rechtsverletzungen seyen, wie z. B. manche Arten von Fleischesverbrechen, Gotteslästerung u. dergl. Aber die Verletzung eines Privatrechts ist bei dem Verbrechen bei weitem immer das minder Wesentliche, und die sittliche Schuld, das böse Beispiel, die kundgegebene schlechte Gesinnung, die Hauptsache.

sich dieser Ausdruck, vom Verbrechen gebraucht, nur in sofern rechtfertigen, als man ihn gleichbedeutend mit Rechtsstörung, oder Zuwiderhandeln gegen einen positiven Rechtssatz gebraucht.

§. 17.

Vom Thatbestande des Verbrechens.

Chr. C. Stübel, Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung ꝛc. Wittenberg 1805.

Derselbe De perversa interpretatione legum criminalium in constituendo quorundam delictorum corpore. Viteb. 1798.

Ferd. Aug. Hommel, D. An et quatenus certitudo corporis delicti in processu criminali necessaria sit? Lips. 1745.

C. G. Biener, Delibata quaedam de corpore delicti capita. Lips. 1801.

Kleinschrod, Etwas über die Lehre vom corpus delicti im Allgemeinen, im alten Archiv des Crim. Rechts. Bd. III. Heft 1. S. 39. ff.

Chr. Lud. Paalzow, Kommentar über die Criminal-Ordnung für die preußischen Staaten. Th. I. S. 100. u. ff.

Mittermaier, Handbuch des peinlichen Processes. Band I. S. 456

Wächter, Lehrbuch u. s. w. Th. I. §. 42 — 47.

Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminalrechts u. s. w. S. 57 — 62.

Die Lehre vom Thatbestande (corpus delicti) hat sich rein aus der Theorie hervorgebildet, und die abgesonderte Behandlung derselben ist dem römischen Rechte, wie der C. C. C., schon aus dem Grunde fremd, weil hier die allgemeinen Lehren nicht in einem allgemeinen Theile abgehandelt, sondern nur bei Gelegenheit der einzelnen Ver-

brechen, mehr berührt als erschöpft werden. Sie fängt zuerst bei den italiänischen Juristen an sich zu gestalten, bei welchen auch, seit der letzten Hälfte des 16ten Jahrhunderts der Ausdruck: corpus delicti, entstanden ist, [1]) welcher von dort aus auch in die Werke unsrer deutschen Criminalisten, namentlich Carpzov's überging. Auch dieser handelt die Lehre vom corpus delicti, ohne eigentlich scharf den Begriff desselben zu bestimmen, als etwas in den Strafprozeß Gehöriges ab. Im Allgemeinen schwebt den damaligen Criminalisten die Bedeutung desselben vor, daß es die Gewißheit der Existenz der verbrecherischen Thatsachen sey. [2])

---

1) Zuerst nämlich wurde bei Jenen die Nothwendigkeit der Gewißheit des Verbrechens ausgesprochen, was schon Albertus Gandini (in seinem libellus de maleficiis) thut; (s. Biener Beitr. z. Gesch. d. Inq. Proz. S. 94.) Auf diesem Fundamente bauen Andere, namentlich Clarus weiter, (s. Biener a. a. O. S. 114) und fordern daß ein höherer Grad der Gewißheit des Verbrechens vorhanden seyn müsse, wenn der Richter torquiren, als wenn er bloß inquiriren will, und ein noch höherer, um darauf verurtheilen zu können. Unmittelbar hieran schließt sich dann auch der Ausdruck: corpus delicti, (nach Biener a. a. O. S. 117, wahrscheinlich zuerst gebraucht von Farinacius,) auf welchen man ganz natürlich kam, weil die Lehre vom Thatbestande, bei den Tödtungen besonders praktisch wurde; wenn hier das corpus des Entleibten vorhanden war, so war ja auch meistentheils das corpus delicti (die Existenz des Verbrechens,) gewiß. Natürlich war es daher, daß das Wort corpus delicti, welches ursprünglich gewiß nur so viel als: Körper des Erschlagenen, bedeutete, späterhin auch in einem mehr abstrakten Sinne, und gleichbedeutend mit Gewißheit des Todschlags, in noch weiterer Bedeutung aber, als synonym mit Existenz des Verbrechens überhaupt, gebraucht wurde. Carpzov nimmt (Practica rer. crim. P. I. Qu. XVI. No. 27.) zuweilen das Wort corpus delicti, noch für völlig gleichbedeutend, mit dem Körper des Erschlagenen.

2) So sagt z. B. *Clasenius* Commentarius in C. C. C. ad art. 6. Significat autem corpus delicti nihil aliud, quam *substantiam* et *veritatem* commissi delicti. Man bezog sich hierbei

Aber schon Böhmer [3]) führt mehrere Bedeutungen auf, welche das Wort corpus delicti haben soll, welche sich nur aus der Entstehungsgeschichte dieses Ausdrucks hinreichend erklären lassen. Allen diesen ältern Begriffsbestimmungen, liegt nämlich ausdrücklich oder stillschweigend die Ansicht zum Grunde, daß das corpus delicti immer in etwas Objektivem liege und gewissermaßen etwas Materielles seyn müsse, welche Vorstellung genau mit der Rücksicht zusammenhängt, welche das deutsche Strafrecht auf den Effekt und materiellen Schaden zu nehmen gewohnt ist. Auch Böhmer versteht unter dem corpus delicti die Wahrheit der verbrecherischen Thatsachen, ohne Rücksicht auf den Urheber derselben, und hieran schließen sich Mehrere unter den neuern Criminalisten an, welche beim Thatbestande, nur auf die in der That, nicht auf die in dem Willen des Verbrechers liegenden Merkmale sehen. [4]) Andere dagegen [5]) verstehen unter dem Thatbestande den

---

meistens auf fr. 1. §. 24. D. ad SCtum Silan. (XXIX. 5.) und c. 1. C. Ubi causae fiscales etc. (III. 26.) Auch die C. C. C. art. 6. schreibt „eine fleißige Nachfrage vor, ob die Missethat geschehen sey."

3) *Meditationes* in C. C. C. ad art. 6. §. X. Corpus delicti werde, sagt er, auch gebraucht, für die Spuren die das Verbrechen hinterläßt, so wie für die Sache an der dasselbe begangen wurde. Andere nennen auch das Instrument, mit welchem das Verbrechen begangen wurde, corpus delicti. Auf dieses kam allerdings auch Vieles, in Beziehung auf die Frage, über die Art des Verbrechens und die Willensbestimmung des Verbrechers, besonders beim Todschlage, an.

4) Meditationes in C. C. C. art. 6. §. 10.

5) Stübel, Ueber den Thatbestand u. s. w. §. 2. Roßhirt, Lehrbuch §. 40. Beide aber sehen doch wieder den dolus als ein Stück des Thatbestandes an, wenn die Gesetze denselben als wesentlich verlangen.

Inbegriff der subjektiven und objektiven Merkmale eines Verbrechens, in thesi und hypothesi, sehen folglich auch auf die Willensbestimmung des Verbrechers. [6]) Am richtigsten wird der Begriff des Thatbestandes wohl bestimmt, [7]) wenn man darunter diejenigen thatsächlichen Umstände versteht, welche nothwendig vorhanden seyn müssen, damit nach positivem Rechte, die Handlung als Verbrechen überhaupt, oder als ein speziell bestimmtes und benanntes Verbrechen erscheine. Außer diesen zum Begriffe des Verbrechens nothwendigen faktischen Voraussetzungen des Verbrechens, können auch noch andre sehr wichtige thatsächliche Umstände, — z. B. solche, welche auf das Strafmaaß Einfluß haben können, — bei einem Verbrechen vorkommen. Diese aber werden dann, nach der oben aufgestellten Definition des Thatbestandes, nicht als Stücke desselben angesehen werden können. Wenn also zum Begriffe des Verbrechens, nothwendig eine gewisse Art der Willensbestimmung des Thäters gehört, (z. B. der dolus,) so ist auch dieses subjektive Merkmal ein Stück des Thatbestandes; die Zurechnungsfähigkeit überhaupt gehört sogar zum Thatbestande eines jeden Verbrechens. — Den Thatbestand im angegebenen Sinne pflegt man nun einzutheilen, in den allgemeinen und besondern, [8]) (je nachdem er die Merkmale umfaßt, welche bei allen, oder diejenigen,

---

6) Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft. Th. I. §. 43. Feuerbach, Lehrbuch 9te Ausgabe. §. 82. Martin, Lehrbuch. §. 28 und 29. Wächter, Lehrb. §. 46.

7) Auf diese Weise bestimmt Martin Lehrbuch §. 28, den Begriff des Thatbestandes. Vergl. auch Wächter Lehrbuch S. 77. unten und 78 oben.

8) Mittermaier, Handbuch des peinl. Processes. Bd. I. S. 477 hält diese Eintheilung für unnütz.

welche bei einem einzelnen Verbrechen vorkommen müssen,) und in den subjektiven und objektiven, [9]) (je nachdem die Merkmale in der Willensbestimmung des Verbrechers, oder in der äußern That liegen.)

§. 18.

Von den nothwendigen Bedingungen des Verbrechens überhaupt.

Die Bedingungen, welche bei allen Verbrechen vorkommen müssen, damit dieselben überhaupt als Verbrechen erscheinen können; bilden den s. g. allgemeinen Thatbestand des Verbrechens. Zu diesen allgemeinsten Voraussetzungen gehört aber, die Zurechnungsfähigkeit des verbrecherischen Subjekts, [1]) indem ohne einen menschlichen Willen ein Verbrechen nicht denkbar ist, die äußere Erkennbarkeit der vorliegenden Thatsache, welche als Verbrechen angesehen und bestraft werden soll, und die Rechtswidrigkeit derselben. Nach dem zweiten dieser Requisite, werden also bloße Gedanken nicht bestraft werden können. [2]) Dieser Satz enthält aber keines-

---

9) Gegen diese Eintheilung erklärt sich Tittmann Handbuch Th. I. §. 43, aus dem Grunde, weil der Begriff des Verbrechens weder in der That allein, noch in der Absicht des Thäters allein, sondern in beiden zugleich liege; deshalb sey auch ein Thatbestand, der sich nur auf eins von beiden bezöge, gar nicht denkbar. — Aber dieses ist kein Grund gegen jene Eintheilung, da durch dieselbe keineswegs ausgesprochen wird, daß es einen subjektiven Thatbestand, ohne einen objektiven geben könne; und umgekehrt. Beide setzen sich vielmehr als nothwendig, gegenseitig voraus.

1) S. hierüber das nächstfolgende zweite Kapitel.

2) Im römischen Rechte ist dieser Satz ausdrücklich ausgesprochen s. fr. 18. D. de poenis (XLVIII. 19.) *Cogitationis* poenam nemo patitur. fr. 53. §. 2. D. de Verb. Signif. (L. 16.) Nec *consilium* habuisse noceat, nisi et *factum* secutum fuerit.

wegs das Prinzip, als gehe das Geistige und Innere des Menschen, sein Wille, die Gesetzgebung und Obrigkeit nichts an, sondern er enthält die einfache und sich von selbst verstehende Anerkennung der physischen Unmöglichkeit, die Gedanken des Menschen zu erkennen, wenn sie nicht geäußert werden. Liegt aber irgend eine Aeußerung des Gedankens vor, so ist dann wieder die Rücksicht auf den Willen, mithin auf etwas Inneres, ein entscheidendes Moment. [3]) Es versteht sich übrigens von selbst, daß, da die

---

fr. 225. Ibid. Fugitivus est, non is, qui solum consilium fugiendi a domino suscepit, licet id se facturum jactaverit; sed qui *ipso facto* fugae initium mente deduxerit; nam et furem, adulterum, aleatorem, quamquam aliqua significatione ex animi propositione cujusque sola quis dicere possit etiam hunc, qui numquam alienam matremfam. corruperit, si modo ejus mentis sit, ut occasione data id commissurus sit, tamen oportet eadem haec crimina *assumto actu* intelligi; et ideo fugitivum et erronem non *secundum propositionem solam*, sed *cum aliquo actu intelligi* constat. Vergl. auch C. C. C. art. 178, wo „etliche scheinliche werke" zum Vorhandensein des Verbrechens erfordert werden. Das deutsche Sprüchwort sagt: „Gedanken sind zollfrei." —

3) Sehr richtig sagt der Verfasser des Birmanischen Strafgesetzbuchs S. 44: „So wie im Saamen der Zeugungsstoff der künftigen Pflanze, oder diese selbst, unpotenzirt, liegt, und der Erdschooß nur die Bedingung ihrer Entwickelung ist, so liegt auch im Willen allein der Keim der Verbrechen oder Vergehen und die äußere That, (sey es auch nur die der Rede) ist nur eine Bedingung ihrer Erscheinung und Erkennung. Gäbe es ein Mittel, den bösen oder verbotenen Willen, in jedem Falle ohne ein äußeres Medium zu kennen, so würde die Strafe sich sofort an ihn heften, oder wenigstens eine Isolirung des Unrechtwollenden, bis zur bestimmten Umänderung seines Willens zum Rechtmäßigen eintreten können, ohne daß die Strafgewalt verpflichtet wäre, die sinnliche Erscheinung des Willens und mit ihr das Zufügen, des vielleicht unersetzlichen Schadens, abzuwarten; so wenig man den eingefangenen Tiger frei herumlaufen läßt, wenn er auch noch keinen Menschen zerrissen hat, da man seinen Mordwillen ohne alle Aeußerung kennt."

Unterlassung einer schuldigen Handlung sowohl, als die bloße Rede, äußerlich erkennbare Fakta sind, beide als Verbrechen erscheinen können. Das Requisit der Rechtswidrigkeit des zu bestrafenden Faktums, ist eine nothwendige Folge aus dem Begriffe des Verbrechens im juristischen Sinne, (s. oben §. 15.) und es ist demselben keineswegs die Bedeutung unterzuschieben, daß die verpönte Handlung, eine das Privatrecht eines Andern verletzende seyn müsse. (s. oben §. 16.) Von dieser falschen Vorstellung ausgehend, hat man denn auch die Frage aufgeworfen, ob Jemand möglicher Weise an sich selbst ein Verbrechen begehen könne, und ob ein Verbrechen auch an einem Menschen begangen werden könne, der seine Rechte zu veräußern befugt, und, in diesem Falle, Willens sey? — und hat dieselbe konsequent aber irrig, mit Nein beantwortet, ohne zu bedenken, daß wenn dieses Prinzip ein ganz allgemein gültiges seyn sollte, auch z. B. die widernatürliche Unzucht zweier Personen desselben Geschlechts straflos seyn müßte, sobald nur bewiesen werden könnte, daß beide Theile Vertragsweise einwilligten. Was insbesondere die Selbstverstümmelung, und Selbsttödtung, oder deren Versuch betrifft, so liegt in dem Begriffe des Verbrechens kein Grund, warum in einem positiven Rechte, diese an sich unsittlichen Handlungen, nicht für ein Verbrechen erklärt werden könnten, wobei es denn freilich, wie überall, auf das Herkommen, die Rathsamkeit einer solchen Vorschrift, und viele faktische und politische Voraussetzungen ankömmt. [4]) Verletzung und Zerstörung der eigenen Sache ist nach unserm

---

4) Die Untersuchung ob diese Handlungen in unserm gemeinen deutschen Rechte, oder in den neuern Gesetzgebungen Verbrechen sind, gehört in den besondern Theil.

positiven Rechte, insoweit auch hier nicht polizeiliche Vorschriften [5]) den Eigenthümer einschränken, in der Regel erlaubt. Dagegen ist es irrig, wenn man auch in Beziehung auf die Verletzung eines Andern, schlechthin von dem Begriffe der Rechtsverletzung ausgeht, und das allgemeine Prinzip aufstellt, daß durch die Einwilligung des Verletzten der Charakter des Verbrechens verschwinde. Daß dieses bei einzelnen Verbrechen würklich statt habe, und daß z. B. beim Diebstahl kein Verbrechen, oder daß vielmehr gar kein Diebstahl vorhanden ist, wenn der Eigenthümer in die Wegnahme seiner Sache einwilligt, ist unläugbar; eben so ist gar keine Injurie vorhanden, wenn der, gegen den die Handlung unternommen wird, welche als Beleidigung erscheinen könnte, in dieselbe einwilligt. — Aber der Grund liegt hier in der besondern Natur dieser Verbrechen. Es ist namentlich im ersten Falle, gar kein rechtswidriger Wille bei dem vorhanden, der die Sache wegnimmt. Eben so findet bei dem, der die beleidigende Handlung gegen den Einwilligenden vornimmt, wenn dieselbe nicht außer der Beleidigung noch eine andre Rechtsstörung involvirt, — ebenfalls kein rechtlich strafbarer Wille statt, und die Obrigkeit findet, auch abgesehen von dem so eben erwähnten Falle, nach unserm positiven Rechte, bei einfachen Injurien, es wegen der Unwichtigkeit der rechtsstörenden Handlung nicht nöthig einzuschreiten, wenn der, gegen den die Handlung zunächst gerichtet war, es vorzieht still-

---

5) Das Anzünden des eignen Hauses ist ein Verbrechen; ja sogar das Abbrechen eines Hauses ohne es wieder aufzubauen, ist zuweilen, selbst bei Verlust des Eigenthums an dem Grunde und Boten, aus polizeilichen Gründen verboten. S. Allgem. Landr. f. d. preuß. Staaten. §. 32 — 64. Th. I. Tit. 8.

zuschweigen. [6]) Aber es ist falsch, wenn man aus diesen singulären Fällen, die abstrakte Regel: volenti non fit injuria, ziehen, — und diese auf alle Verbrechen ausdehnen will. Man beruft sich dabei gewöhnlich auf Stellen des römischen Rechts, [7]) die augenscheinlich nur von besondern Fällen sprechen, und, auch abgesehen davon daß sie auf eigenthümlich römische Rechts- und Gerichtsverhältnisse sich beziehen, durchaus keine allgemeine Regel aufstellen wollen. [8]) Das Irrige jener Ansicht zeigt sich namentlich,

---

6) Das Nähere hierüber in der Lehre von der Injurien.

7) fr. 1. §. 5. D. de injuriis (XLVII. 10.) — si *volentem* filium quis vendiderit — —: filii nomine non competit (injuriar. actio), *quia nulla injuria* (im engern Sinne) *est*, quae in volentem fit. fr. 7. §. 4. D. ad legem Aquil. (IX. 2.) Si quis in colluctatione, vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit: si quidem in publico certamine; — — — cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non injuriae gratia videtur damnum datum. — Nach römischem Rechte, wo die Actio ex lege Aquilia eine reine Privatklage ist, ist dieses ganz konsequent. — Aber würde es heutzutage ein Entschuldigungsgrund für den Thäter seyn, wenn er behauptete, er habe gloriae causa et virtutis, non injuriae gratia, den Andern todtgeschlagen? — Das wohl noch außerdem zur Unterstützung der entgegengesetzten Behauptung angeführte fr. 1. §. 7. D. de postulando (III. 1.) gehört gar nicht hieher. Andrer Meinung ist Wächter Lehrbuch §. 59. Note 18. Die reg. 27 in 6to de Regulis juris (V. 13.) Scienti et consentienti non fit injuria neque dolus, ist nach dem Geiste des Kanon. Rechts unmöglich in ihrer vollen Ausdehnung zu verstehen.

8) Dieses geht namentlich hervor aus fr. 27. D. de pactis (II. 14.) Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda, veluti paciscar, *ne furti agam, vel injuriarum*, si feceris, *expedit enim timere furti, vel injuriarum poenam.* Vergl. auch fr. 13. pr. D. commodati (XIII. 6.) c. 20. C. de furt. (VI. 2.)

wenn man den Fall erwägt, wo ein Ehemann in den Ehebruch seiner Frau einwilligt, ja sogar denselben befördert; der Charakter des Verbrechens wird, wenigstens nach ältern gemeinem Rechte, durch diese Einwilligung nicht nur nicht aufgehoben, sondern der Ehemann begeht durch dieselbe, selbst ein besonderes Verbrechen. Umgekehrt folgt aber aus dem Requisit, daß die als Verbrechen zu bestrafende Handlung eine rechtswidrige seyn müsse, daß kein Verbrechen vorhanden ist, wenn eine obrigkeitliche Erklärung einen Menschen für vogelfrei, und des rechtlichen Schutzes für verlustig erklärt, [9]) oder in besondern Fällen, gewissen Personen die rechtliche Dispensation ertheilt, Jemanden zu verletzen oder sogar zu tödten, der sich auf gewissen Verbrechen betreten läßt. [10]) Zweifelhaft ist es in dieser Beziehung na-

---

9) Ein solcher Gegenstand der Verfolgung waren, nach ältern deutschen Strafrechte, die Zigeuner. S. über dieselben v. Quistorp Grundsätze des deut. peinl. Rechtes. Bd. I. Abthl. 2. §. 217. Note 9. *J. F. Malblanc* Commentatio de poenis ab effectibus defensionis naturalis etiam in statu civili probe distinguendis, qua simul leges germanicae adversus facinorosos vagantes: Die Zigeuner etc. extantes, aliaque jura huc spectantia illustrantur. Altdorf 1779. Ob und in wiefern Mißgeburten kein Gegenstand eines Verbrechens seyn können, wird im besondern Theile, in der Lehre von der Tödtung, erörtert.

10) Dergleichen Befugniß ertheilt das römische Recht dem Vater und (mit gewissen Einschränkungen) auch dem Manne der Ehebrecherin, in Beziehung auf den bei ihr ertappten Ehebrecher; (fr. 20. D. ad. L. Jul. de adult. (XLVIII. 5,) fr. 24. ibid. c. 4. C. ad leg. Jul. de adult. (IX. 9.) auch den Angehörigen einer geraubten Jungfrau oder Wittwe, in Beziehung auf den Entführer. Die heutige Unanwendbarkeit dieser Vorschriften läßt sich nicht bezweifeln, sie werden aber häufig ganz falsch, von der Zurechnungslosigkeit wegen eines obwaltenden Affekts verstanden. Vergl. Wächter Lehrbuch Th. I. §. 54. Das franz. Recht kennt noch in einem Falle, beim nächtlichen Diebe, eine solche rechtliche Dispensation zur Tödtung,

mentlich, ob eine solche Dispensation heutzutage in Beziehung auf feindliche Soldaten die sich zur Kriegszeit, innerhalb Landes befinden, für jeden auch nicht im Kriegsdienste befindlichen Bürger statt finde, [11]) und ob namentlich jene von den letztern ungestraft getödtet werden dürften? Dieser Annahme aber dürften, falls nicht etwa die Regierung das gesammte Volk zu den Waffen gerufen, oder der Krieg von selbst eine solche Gestalt angenommen hat, außer dem allgemeinen völkerrechtlichen Gebrauch im neuern Europa, wonach der Krieg nur zwischen den Heeren geführt zu werden pflegt, auch noch der politische Grund entgegenstehen, daß der Feind, der sich im Lande befindet, gegen eine solche Dispensation der diesseitigen Regierung, thätige Repressalien zu ergreifen im Stande wäre. Es werden demnach also, die Verletzungen feindlicher Soldaten, wenn sie nicht etwa auch außerdem, z. B. wegen Nothwehr, als straflos erscheinen würden, als strafbar betrachtet und in der Regel nach den bestehenden Gesetzen beurtheilt werden müssen; [12]) man wird jedoch, aus Gründen

---

stellt dieselbe aber unter den Begriff der Nothwehr. Code penal. art. 329.

11) S. hierüber Martin Aschenbrenner. Zu welcher Klasse von rechtlich unerlaubten Handlungen kann die Erschlagung feindlicher Kriegsleute von unmilitairischen Mitgliedern des Staates gerechnet werden? im ält. Arch. des Crim. R. Bd. IV. Stck 1. Nr. 3. S. 57. von der Becke Ueber den Krieg und seine Beziehungen auf das Criminalrecht; im Neuen Arch. des Cr. R. Bd. I. Stck 3. S. 404. Pratobevera Materialien für Gesetzkunde und Rechtpflege in d. österreich. Erbstaaten. Wien 1815. Th. I. S. 274. J. Chr. Meister Urtheile und Gutachten in peinl. und and. Straffällen. Frankf. a. d. O. S. 307. u. ff. C. A. Tittmann Vorträge und Urtheile über merkwürdige Straffälle aus Akten. Leipz. 1815. Nr. 1. und II.

12) Diese Ansicht stellt namentlich Roßhirt Lehrbuch S. 78

der Billigkeit und Politik, ausnahmsweise Straflosigkeit eintreten lassen müssen, wenn der Verletzende zwar nicht im Auftrage aber im Interesse seiner Regierung und zum Besten seines Vaterlandes, nicht aus rein egoistischen Gründen handelte.

§. 19.

Eintheilung des Verbrechens.

Die Eintheilungen des Verbrechens sind entweder solche, die in den Gesetzen und der Gerichtsverfassung eines Landes gegründet, oder solche, die von der Theorie, zum Behufe der bessern Uebersicht und Erlernung der Strafrechtswissenschaft, aufgestellt sind. Das Gesetzbuch darf nur solche enthalten, die eine würkliche Bedeutung in der praktischen Rechtspflege haben, und es werden daher die bloß theoretischen Eintheilungen, lediglich den Compendien überlassen bleiben müssen. Zu den Eintheilungen, welche wenigstens nach älterm deutschem Rechte, als gemeinrechtlich zu betrachten sind, [1]) gehört vornämlich die Unterscheidung

---

auf. Auch Mittermaier (im Neuen Arch. Bd. I. Stck 3. S. 404. Note 1.) bemerkt sehr richtig, daß wenn die Behauptung gegründet wäre, daß die von dem nichtmilitärischen Bürger verübte Tödtung des feindlichen Soldaten straflos sey, so komme man damit von dem speciellen Satze zu dem allgemeinen: daß von dem Bürger ungestraft jede Art von Verbrechen an feindlichen Soldaten, — (also auch Diebstahl an den Effekten des feindlichen Offiziers, und gewaltthätige wollüstige Schändung des feindlichen Soldaten,) begangen werden könnte. Eine solche Behauptung sey aber bis jetzt noch unerhört.

1) Bei den Römern zerfielen die Verbrechen in *delicta publica* und *privata*; die erstern wurden wieder eingetheilt in *crimina ordinaria* (s. *legitima* auch *judicia publica*) und *extraordinaria*. Zwischen den öffentlichen und Privatverbrechen des römischen Rechts in der Mitte, lagen die Handlungen, aus denen die *actiones*

in bürgerliche und peinliche Verbrechen. Diese bezieht sich lediglich auf die in Deutschland früher bestehenden Gerichtsverhältnisse, wonach die mit schwereren Strafen verpönten Straffälle, immer nur zur Cognition der Gerichte gehörten, welchen die eigentliche Criminalgerichtsbarkeit (der Blutbann) zustand, während den Civilgerichten die Bestrafung der geringeren Frevel überlassen blieb, [2]) welche

---

populares entsprangen. (S. Wächter Lehrbuch I. §. 110.) Aber diese ganze Eintheilung bezieht sich lediglich auf die römische Gerichtsverfassung, und ist in Deutschland niemals rezipirt gewesen. Der Unterschied zwischen den criminibus ordinariis und extraordinariis ist seinem Wesen nach, sogar schon im spätern römischen Rechte antiquirt. (fr. 8. D. de publicis judiciis XLVIII. 1. Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit, durante tamen poena legum, cum extra ordinem crimina probantur.) Am richtigsten ist es daher wohl, wenn man überhaupt die Regel aufstellt, daß die römische Eintheilung in delicta publica und privata, dem gemeinen deutschen Strafrechte völlig unbekannt sey, und daß einzelne Fälle, (z. B. manche Arten von Injurien und Diebstählen,) wo eine Klage des Verletzten auch nach unserm Strafprozesse nöthig erscheint, oder wo die Strafe ebenfalls dem Verletzten zufällt, nur als Ausnahmen von dieser Regel zu behandeln sind. Diese Ausnahmen werden theils im besondern Theile, theils im Strafprozesse behandelt werden. Birnbaum Ueber den Unterschied zwischen crimen und delictum bei den Römern, und die ihnen zugeschriebene Eintheilung der Verbrechen in publica und privata. Im Neuen Arch. des Cr. R. Bd. VIII. Stck 3. S. 396. Stck 4. S. 643.

2) Ueber die ältere Bedeutung der peinlichen Klagen, vor der C. C. C. s. Walch Glossarium s. v. Peinlich. Der Unterschied der peinlichen Klage von der bürgerlichen, liegt in der Strafe, die der Ueberwundene zu leiden hat. Richtsteig d. Landrechts Cap. 28. Pünlicke klagen heyten dair an pünlick dat die beclagede man gepunicht wordt, an der der clagen will, off sü verwonnen wordt. hie is to weten, dat dat recht gevet vüfterley pün. Ten yrsten nemet der beclagede man sün lüff; ten anderen maal nement sün gesunde, ten derden maal nemet sün recht. Ten vierden maal nemet sün eer, ten vüfften maal nemet man den gemeynen

deswegen im Gegensatze zu jenen auch bürgerliche Sachen genannt werden. Eben so werden (weil den Civilgerichten und den lokalen Obrigkeiten auch die Handhabung der Polizei, und eine hiermit zusammenhängende untergeordnete Strafgewalt überlassen war,) die Polizeiverbrechen von den eigentlichen Criminalverbrechen unterschieden, aber

---

vrede. — An diesen Begriff von peinlichen Sachen schließt sich auch die C. C. C. art. 104. Aber sonderlich ist zu merken, inn was sachen (oder derselben gleichen) unser keyserlich recht, keynerley peinlicher straff am leben, ehren, leib und gliedern setzen, oder verhangen, daß Richter und urtheyler darwider auch nimant zum todt oder sunst peinlich straffen. S. auch C. C. C. art. 158. Besonders wichtig für die Nachweisung dieses Unterschieds in der spätern Praxis ist das Gutachten der Leipziger Schöppen v. J. 1620 bei *Carpzov* Practic. rer. crim. P. III. Qu. 109. Nr. 31 — 36. Hier werden zu den den Nieder- oder Erbgerichten überlassenen Civilverbrechen, die kleinern und geringern Fälle gerechnet, nämlich: „Haarraufen, Schläge, die nicht tödtlich sind, noch Lämbde bringen, daraus auch keine Wunde wird, wenn sie gleich verschwollen, auch braun und blau, Nasenblut, Maulschellen, Zähnbluten so die nicht wackeln, auch andre Blutrünsten mit Nägeln gekratzt, oder sonst verletzt, — — — unzüchtig, muthwillig Geschrei, Messerzüge, wenn niemand dadurch beschädigt wird, Messer, Armbrust, Schwerdt oder andere verbotene Waffen tragen, in einer Stadt oder auf einem Dorfe verbotene Waare feil haben, verbotene Spiele spielen, — — — — — Diebstahl unter 3 Schillingen, schlechte Hurerei, wenn beide Personen, so dieselbe begangen, einander nochmals ehelichen, oder auch Braut und Bräutigam vor der priesterlichen Copulation sich zusammenfinden. — — — — — Jedoch was die Sachen, Geldbußen oder Abtrag erreichen thut, so von peinlichen Sachen herfließen, welches geschieht, wenn eine peinliche Sache mit Zulassung der Gerichte, und Bewilligung des verletzten klagenden Parts, oder aus andern Ursachen bürglich (bürgerlich) würde, oder aber daß sich ein Mord, Lämbd. oder anders, nicht aus Vorsatz oder arge List, sondern aus solchem Unfleiß und Verwahrlosung zutrüge, daß sie zu Recht zu einem bürgerlichen Abtrag gelassen würde, solche Fälle, ob sie wohl zu Geldbuße gereichen, so werden sie doch gleichwohl durch die obergerichte gestrafft und wird von ihnen die Straffe eingehoben.“

die genauere Gränze zwischen diesen verschiedenen Arten von unerlaubten Handlungen, über welche auch die Meinungen der ältern Criminalisten und Prozessualisten getheilt waren, [3]) ist mehr nach den Gesetzen der einzelnen Länder, und den Recessen zwischen den Inhabern der peinlichen und Civil-Gerichtsbarkeit, als nach allgemeinen Prinzipien zu ziehen. [4]) Auch nach preußischem Rechte müssen von den eigentlichen Criminalverbrechen, die Polizeiverbrechen unterschieden werden, unter welchen das allgemeine Landrecht, [5]) im Allgemeinen, Uebertretungen von Vorschriften versteht, die zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung dienen, und deren Strafe [6])

---

3) S. Robert und Koch Ueber Civil und Criminal Strafen und Verbrechen. Gießen 1785. (Die Schrift enthält eine Dissertation von *Robert*. De diverso poenarum genere ex Mente C. C. C. indeque oriente discrimine inter delicta civilia et criminalia nequaquam negligendo Harburgi. 1779. und drei Briefe von Koch zur Widerlegung derselben.) C. F. G. Meisters Vollständige Einleitung zur Peinl. Rechtsgelehrsamk. in Teutschl. Bd. I. S. 26 — 42. C. L. Stübel D. Crim. Verfahren in den deut. Gerichten. Bd. I. §. 146 — 162 u. 389 — 399.

4) S. Koch in der angef. Schrift von Robert und Koch. S. 30. Besonders schwankend ist der Begriff der Polizeiverbrechen im gemeinen deutschen Strafrechte, vergl. Martin Lehrbuch. §. 21. a. E.

5) §. 10. und 11. Allg. Land. R. II. 17.

6) Wo keine besondern Polizeigerichte vorhanden sind, fällt die Untersuchung und Bestrafung der Polizeivergehen Demjenigen anheim, der mit der bürgerlichen Gerichtsbarkeit beliehen ist. §. 61. Allg. Land. R. II. 17. Die Ausübung dieses policeilichen Strafrechts gebührt auch den Magistraten der kleinen Städte, welche zugleich die Polizeiverwaltung haben. Reser. v. 17ten März 1812 in v. Kamptz Jahrbüchern der preußischen Gesetzgebung. Bd. I. S. 43. Vergl. auch das Polizeireglement für Berlin v. 18ten Sept. 1822 in v. Strombeck Ergänzungen des allgem. Landrechts. Bd. II. S. 667.

sich nicht über eine vierzehntägige Gefängnißstrafe, eine Geldbuße von fünf Thalern oder bei gemeinen Leuten nicht über eine einfache, nicht entehrende, Ausstellung oder eine mäßige körperliche Züchtigung erstreckt. [7]) Von beiden unterschieden [8]) sind diejenigen Handlungen, welche als Gegenstand einer fiskalischen Untersuchung erscheinen, [9]) welche aber nicht nach einem strengen Prinzip konsequent bestimmt, als vielmehr von den eigentlichen Criminalverbrechen nur um rein praktischer und äußerer Veranlassungen willen, weil es der Geschäftsgang so nothwendig oder wünschenswerth machte, [10]) getrennt sind. — Weit konsequenter und formell geordneter, erscheint dagegen die Eintheilung der strafbaren Handlungen im französischen Rechte, welches durch sein Beispiel einen so entschei-

---

7) §. 62. 63. 65. Allg. Landr. Th. II. 17. Nähere Bestimmungen der Gränze, zwischen der Polizei- und der peinlichen oder bürgerlichen Gerichtsbarkeit, überläßt das Landrecht den Provinzialgesetzen und besondern Polizeiordnungen. §. 16. a. a. O.

8) Eigentliche fiskalische Prozesse und Untersuchungen gehören nicht zur Polizeigerichtsbarkeit. §. 15. a. a. O.

9) Von diesen handelt der 2te Abschnitt des 35sten Titels des 1sten Theils der Allgem. Ger. Ord. Es gehören hieher Contraventionen gegen Finanz- Polizei- und andere zum Ressort der Regierungen gehörige Gesetze, imgleichen Defraudationen landesherrlicher Gefälle und nutzbarer Regalien, Widersetzlichkeiten gegen königliche Bediente in Ausübung ihrer Dienstpflichten, Dienstvergehungen königlicher Bedienten, wenn die darauf gesetzte Strafe, die Dienstabsetzung nicht übersteigt, gewisse Arten von Injurien, endlich auch geringere Vergehungen, deren Strafe nach den Umständen in einem Verweise, einer mäßigen Züchtigung, einer Geldstrafe von 50 Thalern oder einem 4wöchentlichen Gefängnisse bestehen würde.

10) Aus diesem Grunde sind denn auch die Defraudationen und dergl., den administrativen Behörden zur Untersuchung und Bestrafung überwiesen.

denden Einfluß auf die neuern deutschen Strafgesetzgebungen ausgeübt hat. Hier werden, schon seit dem Beginnen der Umformung der Gesetzgebung und des Gerichtswesens, im Anfange der Revolution, Verbrechen, Vergehen und Polizeiübertretungen unterschieden. Das Verbrechen (crime) ist eine solche strafbare Handlung, welche nach dem Gesetze, eine Leibes- oder infamirende Strafe nach sich zieht; das Vergehen (delit) ist vorhanden, wenn das Gesetz eine Handlung mit Gefängniß, temporärer Untersagung gewisser Rechte, oder einer Geldbuße bedroht, [11]) und die Klasse der einfachen Polizeiübertretungen [12]) umfaßt die Frevel, welche mit einer Gefängnißstrafe von höchstens fünf Tagen, und einer Geldstrafe von höchstens 15 Franken belegt werden können. Obwohl die Gränzen zwischen diesen verschiedenen Arten von Verbrechen, namentlich, zwischen den Verbrechen und Vergehen, sich durchaus nicht als innerlich, nothwendig rechtfertigen lassen; und obwohl diese ganze Eintheilung; — (welche sich an älteres und herkömmliches Recht nicht anschließt, und lediglich durch einen Akt der Gesetzgebung entstanden ist,) — manche Nachtheile mit sich führt, [13]) so

---

11) Code pènal art. 6. 7. 8.

12) Code pènal art. 464.

13) Zu diesen dürfte es namentlich gehören, daß der Unterschied zwischen den Verbrechen und Vergehen zu groß, und in Hinsicht auf die Folgen der Strafe, — (die eigentlich kriminelle Strafe zieht immer Infamie nach sich, —) zu wichtig ist, als daß die Entscheidung über die Frage, ob die Handlung ein crime oder delit sey, von so geringfügigen Umständen abhängig gemacht werden könnte, als es im code pènal geschieht. Daß es dabei mitunter auf rein zufällige Umstände ankömmt, (— so z. B. ist die Verwundung ein delit, wenn sie eine Krankheit unter 20 Tagen erzeugt hat, ein crime, wenn dieselbe länger als 20 Tage dauert,) — ist ein nicht

läßt sich dennoch nicht läugnen, daß dieselbe auf eine natürliche und praktische Weise, in den Organismus des französischen Prozesses verwebt ist, und daß besonders die Abscheidung der Klasse der Polizeiübertretungen von den Verbrechen und Vergehen, die Verweisung derselben vor die lokalen Behörden, und die Anordnung eines kürzern Prozeßganges in solchen Sachen, allen Beifall verdient. [14]) — Auch die Trennung der crimes von den delits beruht auf dem praktischen Grunde, daß sämmtliche strafbare Handlungen, die zu jenen beiden Klassen gehören, unmöglich vor die Geschwornen gebracht werden konnten, welchen dadurch eine zu große Last aufgebürdet wäre, — und daß deshalb die schwereren Fälle ausgesondert, die leichtern dagegen rechtsgelehrten und besoldeten Richtern überwiesen werden mußten. Das Oestreichische Gesetzbuch [15]) über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen, unterscheidet, ohne, wie das französische Strafrecht, eine dritte Art von Uebertretungen der Strafgesetze in die Mitte zu stellen, zwischen den genannten beiden Arten von strafbaren Handlungen, indem es die erstgenannten den eigentlichen Criminal-

---

zu vermeidender Uebelstand, sobald einmal das Gesetz die Gränzlinie ziehen soll. — Ein andrer Nachtheil dieser Einrichtung sind die Competenzstreitigkeiten, die aus derselben hervorgehen können.

14) Diese Einrichtung, daß die Polizeiübertretungen den Ortsbehörden überwiesen werden, verdient um so mehr die Beachtung unsrer gesetzgebenden Behörden, als sich dieselbe schon an ein in Deutschland lange vorhandenes Institut anschließt, welches z. B. in Preußen, (s. oben) noch vorkömmt. Auch in Würtemberg sind geringfügige Strafsachen den Polizeibehörden überwiesen. S. K. Würtembergisches Edikt vom 17ten Juli 1824. Mit Bemerkungen von Mittermaier im Neuen Archiv. Band VIII. Stück 1. Seite 58.

15) Einleitung §. I — VI.

gerichten, [16]) die letztern [17]) den „politischen Obrigkeiten" überweist. — Es stellt freilich in diese Klasse der schweren Polizeiübertretungen, die Fahrlässigkeit, [18]) aber auch viele dolose Uebertretungen der Gesetze, [19]) und ein innerlich nothwendiger Grund der Eintheilung, dürfte sich wohl nicht nachweisen lassen. [20]) Das bairische Strafgesetzbuch schließt sich dagegen, ohne daß nach der ihm zum Grunde liegenden Gerichtsverfassung, ähnliche, wie die in Frankreich obwaltenden Verhältnisse jene Eintheilung nothwendig gemacht hätten, genau an die Trichotomie des französischen Rechts an. Ueberhaupt hat man in Deutschland sich von dem oben erwähnten, einfachsten Gesichtspunkte, (daß Eintheilungen der Verbrechen nur da zu machen sind, wo das, vornämlich in der Gerichtsverfassung gegründete Bedürfniß sie fordert,) entfernen, und auch diesen Punkt, auf rein a priori aufgestellte Prinzipien bringen zu müssen geglaubt. [21])

---

16) a. a. O. Th. I. §. 211.

17) a. a. O. Th. II. §. 276.

18) S. z. B. a. a. O. Th. I. §. 89. u. ff.

19) Z. B. Auflauf, Aufwiegelung der Unterthanen gegen ihre Obrigkeit, Körperverletzung in Raufhändeln, kleinere Diebstähle, Veruntreuungen und Betrügereien u. s. w. a. a. O. Th. II. §. 51. 71. 163. 210. 211.

20) Art. 1 — 3. Sehr richtig frägt Hudtwalcker: (s. d. folg. Note) „Was weiß das Volk davon, ob vier Mitglieder eines Appellationsgerichtes in ihrem Sitzungszimmer ein Civilstrafgericht, oder sechs Räthe desselben Appellationsgerichts ein Criminalgericht bilden?"

21) Tittmann (Handbuch der Strafrechtswissenschaft. Bd. I. §. 34,) versteht unter Verbrechen, die Verletzung angeborner, unter Vergehen, die Verletzung erworbener Rechte! — Hochverrath eines Unterthanen einer Provinz, die der Regent später erworben, wäre hiernach ein bloßes Vergehen, eine Ohrfeige ein Verbrechen.

Dagegen haben andre Stimmen gründlich und schlagend das Ueberflüssige und Schädliche rein doktrineller, und dabei unpraktischer Eintheilungen gezeigt; [22]) lediglich nach diesem Prinzip, der praktischen Nothwendigkeit und Brauchbarkeit, müssen denn auch die in den neuern Gesetzgebungen aufgestellten und noch aufzustellenden, Eintheilungen beurtheilt werden, und es dürfte sich hiernach im Allgemeinen zwar wohl die Absonderung der einfachen Polizeiübertretungen, [23]) (im Sinne des französischen Rechts,) von den übrigen strafbaren Handlungen, nicht aber die ganz willkührliche Eintheilung dieser letztern in Verbrechen und Vergehen, rechtfertigen lassen. [24]) Außer der genannten Eintheilung ist noch die, von der Theorie aufgestellte Sonderung, in Polizei- und unmittelbar bürgerliche Verbrechen zu nennen, [25]) welche mit jener oben erwähnten, in den positiven Quellen begründeten, nicht zu verwechseln ist, indem man unter den Polizeiverbrechen in diesem Sinne, Hand-

---

22) S. besonders die Abhandlung von Hudtwalcker Ist der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen von praktischem Nutzen? in dessen und Trummer's Criminalistischen Beiträgen. Bd. I. Heft 1. S. 1 — 33. Lotz Ueber das Verhältniß der Polizei zur Criminaljustiz N. A. Bd. IV. Stck 4. S. 485. Vergl. über andre Meinungen für und wider diese Eintheilung. Wächter Lehrb. S. 193 unten und S. 194 oben. —

23) S. des Verfassers Beiträge zur Revision der preußischen Strafgesetzgeb. in Hitzig's Zeitschrift Heft 4. S. 392. u. ff. Vergl. auch oben Note 14.

24) Es versteht sich nach dem oben Ausgeführten von selbst, daß anderweitige Eintheilungen, wo sie hergebracht sind, und bestehenden Verhältnissen entsprechen, eben so wenig nach einem a priori aufgestellten Prinzip abgeschafft werden dürfen, als sie unnützer Weise einzuführen sind.

25) Vergl. z. B. Feuerbach Lehrbuch §. 22.

lungen versteht, welche erst zum Zwecke der Aufrechthaltung der Ordnung im Staate für Verbrechen erklärt, und an sich nicht rechtswidrig sind, und diesen dann die Verletzung von Privatrechten, als eigentliche Verbrechen im engern Sinne entgegensetzt. Die Theorie unterscheidet ferner auch Staats- und Privat-Verbrechen, [26]) (je nachdem das Recht des Staates unmittelbar, oder das unmittelbare Recht eines Unterthans verletzt ist,) determinirte und vage, [27]) (je nachdem das Verbrechen gegen ein einzelnes bestimmtes Recht gerichtet ist, oder bald diesen bald einen andern Effekt hat,) [28]) gemeine und besondre [29]) (je nachdem sie von allen Bürgern eines Landes, oder nur von besondern Klassen derselben begangen werden können,) endlich auch Begehungs- und Unterlassungs-Verbrechen. [30]) Die wissenschaftliche Wichtigkeit dieser Unterscheidungen dürfte wohl weit geringer seyn, als man früher glaubte.

---

26) Feuerbach Lehrbuch §. 23. Diese Eintheilung ist auch in die neuern Gesetzgebungen, z. B. in die baierische, östreichische (vergl. Th. I. §. 50.) und französische, übergegangen.

27) Aufgestellt ist diese Eintheilung von Tittmann Ueber die wissenschaftl. Behandl. d. peinl. R. §. 45. 51. S. dagegen Henke Handb. Th. I. S. 399. Schröter Handbuch. S. 135.

28) Dahin rechnet man namentlich Gewaltthätigkeit und Betrug.

29) Martin Lehrbuch §. 68. Feuerbach Lehrb. §. 25. Grolman Grundsf. d. Crim. R. Wissenschf. §. 30. 143.

30) Grolman §. 29. Martin §. 69. Feuerbach §. 24.

Zweites Kapitel.

Von dem verbrecherischen Willen.

§. 20.

I. Von der Zurechnung.

1) Von der Zurechnung überhaupt.

Ohne einen Menschen, der ein Verbrechen begeht, ist kein Verbrechen denkbar. Das unterscheidende Merkmal eines Menschen ist aber der Wille desselben. Durch diesen allein kömmt nämlich der Mensch als handelnd in Betracht, und nur insofern ein schädliches Ereigniß in der Sinnenwelt mit dieser geistigen Seite eines Menschen zusammenhängt, ist es strafbar und unterscheidet sich von der bloß natürlichen Thatsache. Daher muß der Wille des Menschen, oder was dasselbe ist seine sittliche Freiheit, als die nothwendige Vorbedingung jeder Verantwortlichkeit und als die Grundlage aller Strafe angesehen werden. Das Wort Freiheit aber hat einen doppelten Sinn. Einmal nämlich kann man darunter den Zustand des Menschen verstehen, wo sein Wille frei ist von der Sünde, der Begierde oder der bösen Lust, und einig mit dem Gesetze der Sittlichkeit, (dem göttlichen Willen.) Steht er auf diesem Standpunkte, den er erstreben, und welchem er sich annähern soll, den er aber in diesem Leben nie ganz erreichen kann, so ist er ohne Zweifel, wahrhaft frei; die Herrschaft der Sünde über das bessere Bewußtseyn im Menschen, ist sonach also immer eine Beschränkung seiner Freiheit. Daß man aber das Wort Freiheit in diesem Sinne gebrauche,

rechtfertigt sich durch eine lebendige Betrachtung der Würklichkeit. Ohne Zweifel lebt der Mensch, welcher eine böse Lust, eine verkehrte Neigung, einen Hang zur Sünde in sich aufkommen und mächtig werden läßt, in einer sehr drückenden Sklaverei, und sein eignes Gewissen, welches wenn auch nur in bessern Momenten, ihm seinen Zustand im wahren Lichte zeigt, belehrt ihn, wie die böse Lust und Leidenschaft eine Herrschaft über das wahrhaft Vernünftige in ihm ausübt, welche ihr nicht zusteht. [1]) Aber in jedem Menschen streiten zwei Gewalten, und dieser Kampf um die Freiheit dauert im Menschen so lange er lebt. — Die Versuchung von Seiten der bösen Neigung in ihm, (welche jedoch noch keine Herrschaft des Bösen im Menschen ist, und erst eine solche wird, sobald derselbe einwilligt,) kehrt bis zu seinem Tode in den mannichfaltigsten Gestalten immer wieder. [2]) In dem bisher erwähnten Sinne, ist also kein Mensch vollkommen frei; man kann hier nur von einer größern oder geringern Unfreiheit sprechen, je nachdem das böse Prinzip in ihm über das bessere mehr oder weniger eine Gewalt ausübt, und öfter oder seltener einen Sieg davon trägt. — Von dieser Freiheit ist durchaus zu unterscheiden die Willkühr des Menschen, oder seine Wahlfreiheit zwischen dem Guten und Bösen. — Er

---

1) Die Erfahrung lehrt, daß die Gewohnheit so mächtig im Menschen werden kann, daß natürliche Kräfte ihr zu widerstehen nicht mehr im Stande sind. Mit Recht sagt man von einem Trunkenbolde: „er sei ein Sklave seiner lasterhaften Neigung.“

2) Wäre das Vorhandensein einer Neigung, Lust, Lockung oder Versuchung zu einem Verbrechen hinreichend, die Strafbarkeit aufzuheben, wie man wohl in neuern Zeiten gewollt hat, so wäre alle Strafjustiz überflüssig, da ohne einen innern Antrieb dazu, kein Verbrechen begangen wird.

kann der Stimme des Gewissens, er kann der Stimme der Versuchung folgen, auf diesen Scheideweg hat Gott den Menschen gestellt, und auf dieser Fähigkeit des Menschen, das eine zu thun oder das andre, beruht seine Verantwortlichkeit vor Gott und den Menschen, sein Verdienst und seine Schuld, und die Möglichkeit von Tugend und Laster, von Lohn und Strafe. Diese Fähigkeit läugnen heißt die Ethik vernichten, und dieselbe, (wie auch geschehen ist,) als menschliche Fiktion behandeln. — Von einer vermehrten oder verminderten Freiheit dieser Art, kann, der Natur der Sache nach, nicht die Rede seyn, der Mensch ist im Stande sich zu entscheiden oder nicht, ein Drittes giebt es nicht. — Die äußern Motive, welche für oder gegen das Thun oder Lassen vorhanden sind, vernichten diesen innern Zustand der menschlichen Wahlfreiheit nicht, denn auch unabhängig von diesen Motiven kann sich der Mensch entscheiden, und es ist falsch wenn man behauptet hat, diese Freiheit sei kein Gegenstand der Erfahrung, sondern ein bloßes Gedankending, da die Geschichte eine (nicht eben geringe) Anzahl von Beispielen liefert, daß Menschen lieber den Tod gewählt, als in ein Unrecht gewilligt, oder eine mit dem Tode bedrohete Handlung nichts destoweniger gethan und die Strafe auf sich genommen haben. [3]) Diese Willkühr des Menschen nun, welche hier wie natürlich nicht näher philosophisch nachgewiesen werden kann, deren Existenz aber, dem unbefangenen und redlichen Bewußtsein des Menschen eben so sehr einleuchtet, als eine tiefer gehende Spekulation

---

3) Ob und in wiefern das menschliche Strafrecht, eine solche heroische Freiheit des Menschen fordern, und warum dasselbe die Drohung eines überwiegenden Nachtheils als Grund der Zurechnungslosigkeit ansieht, soll weiter unten, (in der Lehre von der Zurechnungslosigkeit) untersucht werden.

sie beweisen kann, — bildet die nothwendige Voraussetzung der Lehre von der Zurechnung und somit die Basis des gesammten Strafrechts. — Sie ist aber, in der Philosophie, Theologie und Politik schon viel früher, auf dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft erst seit der letzten Hälfte des vorigen Jahrhunderts geläugnet worden. Hommel [4]) ist

---

4) Er schrieb unter dem Namen Alexander v. Joch Ueber Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen. Bayreuth u. Leipz. 1770. — Das Buch hat, wie sämmtliche Schriften dieses Verfassers, das Verdienst, daß die schlechten Grundsätze hier ohne Hülle vorgetragen und ehrlich ausgesprochen sind. — Die Theorie, die Hommel über den Willen aufstellt, ruht auf der Basis des gröbsten Materialismus. Angehängt an jene Schrift ist ein: „Anhang vom Gehirne als der Werkstädte unsers Willens." S. 147 heißt es: „Das Gefühl nehmlich, unsre Augen, Ohren und mit einem Worte, die Sinne tragen allerlei Gestalten und gewisse Bilder in's Gehirn, fast auf die Art, als wenn in einer finstern Kammer auswärtig erleuchtete Dinge sich abmahlen. Diese Bilder drücken sich in das Gehirne ein, bleiben hängen und werden die Vorrathskammer des Gedächtnisses. — — — S. 152. „Allein in welchem Winkel des Gehirnes wohnet nun eigentlch die Seele? Die Erfahrung giebt uns hier nichts an die Hand, vielmehr, wenn ich meiner eignen Empfindung trauen sollte, so würde ich glauben, daß das ganze Gehirn die Seele wäre, welches doch abgeschmackt, weswegen ich dieser Erfahrung eben so wenig Beifall gebe, als derjenigen, so mir meinen Willen als frei vorstellet. So viel ist gewiß, daß alle Sinne und die daher entstandenen Bilder einen Druck auf einen einzigen Punkt machen müssen, weil das ausgedehnete nicht empfinden kann. — — — — Diesen denkenden Punkt verlegt Cartes in die Zirbel-Drüse. Es mag nun aber diese denkende Einheit verborgen liegen, wo sie nur will, so ist doch glaublich, daß sie ungefähr bei dem Ursprunge der Nerven ihren Thron aufgeschlagen haben müsse. Hier sitzet sie, wie eine Spinne (!!) die ihre Fäden durch den ganzen Leib ausgespannet hat, und mittelst der allenthalben verbreiteten Nerven die allerkleineste Erschütterung augenblicklich merket, aber auch hiewiederum durch einen sehr flüssigen Saft, an eben solchen Fäden selbst herabschießen, das heißt den Körper bewegen kann, nach der Art, wie sie selbst vorher von denen Hirnbildern oder denen Bedürfnissen des Körpers

auch hier ein Heerführer der schlechten Lehre, als deren nächste Quelle die materialistische Philosophie der französischen Encyklopädisten erscheint, welche wieder nur eine unmittelbare Fortsetzung der in England im siebenzehnten Jahrhundert verbreiteten philosophischen Irrlehren ist. Der sehr nahe liegenden Consequenz, daß wenn der Mensch unfrei, die Strafe etwas Absurdes sey, sucht der Sophist da-

---

dazu bestimmet werden." Nach diesen Prämissen, wonach das Denken also eine rein körperliche Operation ist, darf man sich nicht wundern, wenn der Verfasser den Willen entschieden läugnet und den Menschen zum bloßen Automat macht. S. 4. „Ich will zeigen daß es ein Betrug der Sinne ist, wenn wir frei zu seyn glauben. Hier begehe ich gleich meinen ersten Fehler. Ich will zeigen. Lächerlicher Ausdruck! Es hätte heißen sollen: ich muß, denn diese Gedanken zu unterdrücken, steht nicht in meinem Vermögen. — — — Ich will, dieses Wort heißet nichts anders, als viele kleine tief in der Natur verborgene Räder, (dafür man auch Kräfte oder moralische Triebe setzen kann) drücketen auf meine Seele, daß sie zu dieser Sache den Hang bekam." — S. 55. „Die Seehunde, so alle Jahre zu dem äußersten Norden ziehen, aber auch zu rechter Zeit wieder umkehren, denken gewiß, (denn so weit können auch Thiere denken,) daß dieses ihr eigner Wille sey. Wenn sie reden könnten, würden sie auf die Frage, warum sie diesen Zug verrichten? ganz unfehlbar antworten: Es gefällt uns so. Allein, ihr meine guten betrogenen Mitbrüder! (NB) ihr wisset nicht, daß ein geheimer Druck euch dieses unternehmen lässet. S. 58. „Der so mein Wollen wirket, der wirket auch das Vollbringen, beides nach seinem Wohlgefallen, das heißt: ich, die Kugel auf dem Brette, erhalte eben zu der Zeit, die Lust fortzulaufen, indem das Brett schief aufgehoben wird. — — — Das Gefühl hintergehet uns, wenn wir glauben, unser Wille sey der Grund des Laufens, da doch beides unser Laufen und Wollen, so wie der Mühlstein und sein Wasserrad durch einen einzigen Stoß des Flusses, die Bewegung erhält." S. 137 und 138. „Von Anbeginn war ich bestimmt, diese Blätter fliegen zu lassen. Werde ich deswegen getadelt, es hat so seyn müssen, werde ich gelobt, es hat so seyn müssen. Ich verdiene eines so wenig als das andere, weil ich nur ein Werkzeug und der bloße Griffel bin."

durch zu entgehen, daß er die Handlung der strafenden Obrigkeit ebenfalls für etwas von dem Willen derselben Unabhängiges, in der Weltmaschine eben so Nothwendiges ausgiebt, als ihrerseits die Handlung des Verbrechers (physisch) nothwendig war. Aber es leuchtet von selbst ein, (da Richter, und Gesetzgeber zwar durch schlechte und gefährliche Grundsätze verleitet werden können, nichts destoweniger aber doch frei sind,) welches der Effekt seyn muß, wenn in der Meinung des Volks und der Gelehrten, würklich das Verbrechen als nothwendig, der Mensch und also auch der Verbrecher, als unfrei, und die Strafe als absurd, erscheinen. Eine geraume Zeit hindurch scheiterte die falsche Lehre an dem praktischen Sinne der Juristen, [5]) obgleich sie auch hier, nicht ohne vielfältige Verwirrung der Begriffe und der Sprache, Anhänger gewann. [6]) In neuester

---

5) Klein gebührt vornämlich das Verdienst sich derselben nach Kräften widersetzt, und die ältere richtige Ansicht vertheidigt zu haben. S. dessen Aufsätze: Ueber die Schätzung des Menschen und seiner Handlungen in politischer, moralischer und rechtlicher Hinsicht, als Einleitung in die Lehre von der rechtl. Zurechnung. (Im ältern Archiv des Cr. R. Ed. IV. Stck 4. Num. 11.) Desselben Vorläufige Bemerkungen über die Zurechnung der Verbr. zur Strafe (Ebendas. Bd. II. Stck 1. Num. 4.) Derselbe Von der Zurechn. der Verbr. zur Strafe nach dem gesunden Menschenverstande (Ebendas. Bd. IV. Stck 3. Num. 2.) Derselbe Ueber d. Befugn. u. Fähigkeit des Cr. Richters, den moralischen Werth oder Unwerth einer Handlung zu erforschen. (Ebendas. Bd. V. Stck 3. Num. 8.) A. Fr. J. Thibaut Beiträge zur Critik der Feuerbachischen Theorie. Hamburg 1802. S. 36 — 39.)

6) Bekannt ist der Streit den Feuerbach gegen die Freiheit auf dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft erhob. S. dessen Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinl. Rechts. 2 Bände. Erfurt 1799 und Chemnitz 1800. Th. I. S. 151 — 176. Th. II. S. 146. u. ff. Man würde indessen Feuerbach Unrecht

Zeit ist sie in der Weise praktisch geworden, daß die Unfreiheit des Menschen nicht sowohl als Thesis behauptet, sondern vielmehr stillschweigend als die Regel angenommen wird, und man bemüht sich nur, [7]) sie besonders in jedem einzelnen Falle nachzuweisen, welches dann die unmittelbar sich hieran schließende Folge hat, (welche schon Hommel voraussah und ihr durch ein Sophisma entgehen wollte; s. oben) daß die Verbrechen, wenigstens die schwersten und

---

thun, wenn man annähme daß er auf der gemeinen Basis stünde, auf welcher Hommel sich bewegt; auch läugnet er die sittliche Freiheit des Menschen nicht sowohl, als er die Anwendung dieses Begriffs auf dem Gebiete des Strafrechts bestreitet, und dieselbe in das Gebiet der Moral verweist. Er gründete die Zurechnung daher auch auf die Fähigkeit des Menschen, sich durch die Drohung des Strafgesetzes, abschrecken zu lassen. (s. dessen Lehrbuch 8te Ausgabe §. 84.) In der 9ten Aufl. §. 84. setzt der Verfasser aber den Grund der Zurechnung, ebenfalls in die dem Strafgesetze widersprechende Willensbestimmung des Thäters, und somit ist jener frühere Streit geschlichtet, — der seinen Grund vornämlich darin hatte, daß man die Untersuchung über die philosophische Seite des Strafrechts zu sehr in das Gebiet des Abstrakten zog, zu wenig die Rücksicht auf die praktischen Resultate, und auf das Leben, welches die Philosophie ja eben begreifen soll, im Auge behielt, und die Verhandlung nicht in einer der bisher üblichen, sondern in der neu erfundenen philosophischen Schulsprache der damals gangbaren Systeme führte, wobei es sich nicht selten ereignete, daß die beiden streitenden Theile nicht einmal eine und dieselbe Sprache redeten. Mißverständnisse waren dabei unvermeidlich, aber die Schuld des Irrthums fällt weniger auf den Einzelnen, als auf die Zeit. (Vergl. oben §. 11. Note 16.)

7) Fast bei jedem schwerern Criminalfalle aus neuester Zeit, der zur öffentlichen Kunde gekommen ist, haben sich Vertheidiger und Aerzte auf die Unfreiheit berufen, und meistentheils ist dann die Entscheidung in das Arbitrium der höhern Medizinalbehörden gelegt worden. (S. die vielen Gutachten über den zweifelhaften Gemüthszustand in Hitzig's Zeitschrift) Faktisch hat sich demnach also die Sache dahin gestaltet, daß die Unfreiheit gewissermaßen als die Regel, die Freiheit als eine nicht zu vermuthende Ausnahme angesehen wird.

abscheulichsten, straflos bleiben. — Nehmen wir aber, wie es nothwendig ist, die Willkühr des Menschen als die Basis des Strafrechts an, so betrifft die nächste Frage den Begriff der Zurechnung (Imputation). Diese ist aber, unter der Voraussetzung daß der Mensch würklich für seine Handlungen verantwortlich sey, nichts anders als: das Urtheil, daß ein Ereigniß mit dem Willen des Menschen zusammenhänge, oder die Erklärung daß ihm etwas auf die Rechnung zu schreiben sey. Grade der Zurechnung giebt es eben so wenig als es Grade der Willkühr giebt, und erst wenn die Frage entschieden ist, ob einem Menschen überhaupt etwas zuzurechnen, (auf die Rechnung zu schreiben) sey, entsteht die weitere Frage, wie viel das Quantum seiner Schuld beträgt, oder wie groß seine Strafbarkeit sey. [8]) Auch ist es nicht richtig eine rechtliche und eine sittliche Imputation, als zwei ihrer Natur nach verschiedene, und in ihrem Prinzip einander entgegengesetzte Arten der Zurechnung zu unterscheiden. Beide nämlich beruhen auf einer gemeinschaftlichen Basis, der Freiheit des Willens; wo diese aufhört, ist weder eine sittliche, noch eine rechtliche Imputation denkbar, und wo, aus diesem Grunde, die Zurechnung auf dem Gebiete der Ethik aufhört, erlischt ganz von selbst auch jede juristische Imputation. Umgekehrt kann aber darin freilich eine Verschiedenheit zwischen beiden obwalten, daß die menschliche Strafrechtspflege die Fälle, wo die sittliche Zurechnung gewöhnlich [9])

---

8) Man verwechselt die Zurechnung häufig mit der Strafbarkeit, und die Willkühr oder Wahlfreiheit, mit der dem Entschlusse vorausgehenden Ueberlegung oder Prämeditation. Strafbarkeit und Ueberlegung haben allerdings unendliche Abstufungen.

9) Hieher gehören z. B. Jugend, Befehl, geistige Krankheiten und die s. g. zweifelhaften Gemüthszustände.

nicht statt findet, ein für allemal bezeichnet, und hier Straflosigkeit eintreten läßt, während häufig doch noch eine starke sittliche Verantwortlichkeit übrig bleibt. Das bisher Gesagte bezieht sich aber bloß auf die Zurechnung, nicht auf den Maaßstab der Strafbarkeit, welcher aus Gründen, die in der Natur der Verhältnisse liegen, auf dem Gebiete der weltlichen Strafrechtspflege nicht bloß der sittliche ist, indem hier auch andre und zwar politische Momente konkurriren können. —

Von der hier angenommenen Grundlage der Zurechnung, geht denn auch das ältere Recht, (sowohl das römische und kanonische, als das spätere deutsche, namentlich die C. C. C.) [10]) mehr stillschweigend als ausdrücklich aus. —

---

10) Fr. 53. pr. D. de furtis (XLVII. 2.) — maleficia *voluntas* et propositum delinquentis distinguit. fr. 14. D. ad legem Corneliam de sicariis (XLVIII. 8.) — — In maleficiis *voluntas* spectatur non exitus. c. 5. C. ad legem Jul. maj. (IX. 8.) Eadem enim severitate *voluntatem* sceleris, qua effectum jura puniri voluerunt. c. 1. C. ad legem Corneliam de sicar. (IX. 16.) — — Crimen enim contrahitur, si et voluntas nocendi intercedat. — — fr. 39. D. de furtis (XLVII. 2.) fr. 16. §. 8. D. de poenis (XLVIII. 19.) fr. 1. §. 3. fr. 12. D. ad leg. Cornel. de sicariis (XLVIII. 8.) fr. 1. pr. D. de extraord. criminib. (XLVII. 11.) fr. 2. D. de termino moto. (XLVII. 21.) fr. 21. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) c. 1. C. (si adversus delictum (II. 35.) c. 5. u. 7. C. ad Leg. Cornel. de sicariis (IX. 16.) c. 20. C. de furtis (VI. 20.) c. 30. Causa XXXIII. qu. 3. (De Poenit. D. I.) *Voluntas* remuneratur non opus. — c. 19. 20. 23. 28. 29. ibid. c. 2. D. VI. Sed pensandum est, ipsa cogitatio utrum in suggestione an delectatione, vel (quod majus est) *peccati consensu* acciderit. — — — — — — Cum enim malignus spiritus peccatum suggerit in mente, si nulla peccati delectatio sequatur peccatum omnimodo perpetratum non est, cum vero caro delectari experit, tunc peccatum incipit nasci, *si autem etiam ad consensionem ex deliberatione descendit, tunc peccatum cognoscitur perfici.* C. C. C. Art. 146. — Aber den-

Die Freiheit des Willens wird hier eben so wenig bewiesen als bezweifelt, und es versteht sich von selbst, daß allenthalben wo die Gesetze vom Willen des Menschen sprechen, und wo sie diesen dafür verantwortlich machen, sie auch die Freiheit des Willens zugleich mit voraussetzen, weil der Wille ohne Freiheit bloß ein leeres Wort seyn würde. Die neuern erkennen [11]) entweder die Freiheit des Willens auch stillschweigend an, (indem sie die Zustände, welche die Freiheit aufheben, als Gründe der Strafloſigkeit betrachten,) oder sprechen wenigstens das Gegentheil nicht aus. — Einen merkwürdigen Gegensatz gegen das bisher entwickelte System bildet aber das altdeutsche Recht, [12]) welches bloß den materiellen Schaden in Betracht ziehend, auch den Zufall büßen läßt, und den Willen des Menschen, als unkörperlich und nicht mit den Sinnen bemerkbar, auch nicht berückſichtigt.

---

noch ist mer barmhertzigkeit bei solchen Entleibungen, die ungeverlich auß geylheit oder unfürsichtigkeit, doch wider des thäters willen geschehen, zu haben, denn was arglistig und mit willen geschieht. Art. 148. Art. 178. (wo vom Versuche die Rede ist, heißt es:) solcher böser will, darauß etlich werck, als obsteht volgen, ist peinlich zu straffen. Vergl. über die angef. Stellen Wächter Lehrb. Th. I. S. 52. 53.

11) §. 16. Allgem. Landrecht Th. II. Tit. 20. Wer frei zu handeln unvermögend ist, bei dem findet kein Verbrechen, also auch keine Strafe statt. Code pènal art. 64 und 66.

12) S. oben §. 4. Note 24. Auch nach sächsischem Landrechte wird das Wehrgeld bezahlt, wenn auch die Tödtung durch Nothwehr, durch Unachtsamkeit, oder durch ein Thier geschehen ist. (Buch II. Art. 14. §. 1. II. 38. II. 40. §. 1.)

§. 21.

2) Von den möglichen Subjekten des Verbrechens.

S. Wächter Lehrbuch. Th. I. §. 75.

Bei der Untersuchung über die möglichen Subjekte des Verbrechens, kömmt vornämlich die Frage in Betracht, ob auch eine moralische Person ein Verbrechen begehen könne? worüber die Meinungen sehr getheilt sind, indem Einige [1]) annehmen, daß die Corporation als solche ein Verbrechen begehen könne, Andere wenigstens die Einstimmigkeit aller Mitglieder verlangen, [2]) die Meisten aber schlechthin jene Frage verneinen. [3]) Die Schwierigkeit liegt nun wohl darin, daß, abgesehen von den rechtlichen Grundsätzen, faktisch die Strafe sämmtlicher Mitglieder einer Corporation in sehr vielen Fällen sich von der Strafe der Corporation nicht wird unterscheiden lassen. — Dann aber pflegt auch das heutige Staatsrecht gewöhnlich der Landesobrigkeit, aus staatspolizeilichen Gründen, das Recht beizulegen, eine Corporation, [4]) wenn es der allgemeine Nutzen gebietet, auf-

---

1) S. besonders Schröter Handbuch Th. I. S. 75 — 77. und Tittmann §. 113.

2) *Gundling* D. de universitate delinquente ejusque poenis. Halae 1730. §. 17. seqq. §. 24. seqq. §. 31. seqq. s. auch Wächter a. a. O.

3) *J. F. Malblanc* Observationes quaedam ad delicta universitatum. Erlang. 1772. §. 2. Henke Handbuch Bd. I. S. 383 u. ff. Martin Lehrb. §. 38. Feuerbach Lehrb. §. 28. Roßhirt §. 99. u. And.

4) §. 189 — 191. Allg. Landr. f. d. preuß. Staaten. Th. II. Tit. 6. Es geht aus diesen Bestimmungen (trotz der §. 191. hinzugefügten Beschränkung) hervor, daß die Frage: wann gänzliche Aufhebung oder bloße Reformation der Corporation eintreten solle, doch immer der

zuheben und ihre Güter einzuziehen. Geschieht dieses nun weil sämmtliche Mitglieder der moralischen Person, oder die Mehrzahl derselben ein Verbrechen begangen haben, so ist der Effekt einer solchen staatspolizeilichen Maaßregel eben derselbe, als wenn man annähme, daß auch gegen die Corporation eine Strafe verhängt werden könnte. — Nach streng juristischen Grundsätzen [5]) wird es aber allerdings verneint werden müssen, daß die moralische Person, welcher nur zum Behufe der Verfolgung ihres, von der Obrigkeit gebilligten Zweckes ein Wille beigelegt wird, als solche auch einen widerrechtlichen Willen haben und folglich ein

---

Regierung zur Entscheidung überlassen bleibt. Allgemeine Normen darüber sind auch, sobald der Regierung staatsrechtlich dieses Recht eingeräumt wird, nicht füglich aufzustellen und jeden Falls überflüssig.

5) Fr. 15. §. 1. D. de dolo malo (IV. 3.) — Quid enim municipes dolo facere possunt? — c. 5. in VIto de sententia excommunicationis (V. 11.) In universitatem vel collegium proferri excommunicationis sententiam penitus prohibemus. c. 76. in VIto de Reg. jur. (V. 13.) Unter den neuern Gesetzgebungen erkennt die baierische (Strafgesetzbuch Art. 49.) es ausdrücklich an, daß wenn eine Mehrheit oder Gesammtheit der Mitglieder einer Gemeinde, Zunft oder andere Corporation ein Verbrechen begeht, nur die Schuldigen, nicht die Corporation als solche, haften sollen, vorbehaltlich dessen, was in besondern Verordnungen ausnahmsweise bestimmt ist. Das Allgem. Landrecht für die preuß. Staaten sagt §. 156. Th. II. Tit. 6. Auch muß sie, (die Corporation) die Handlungen und Verträge der Beamten so weit vertreten, als diese nach der Natur des Auftrages, denselben, ohne dergleichen Handlungen vorzunehmen, nicht würden ausführen können. Vergl. §. 51. Th. I. Tit. 6. §. 151. Th. II. 6. §. 143. Th. 2. Tit. 6. Insonderheit ist es ihre (der Vorsteher) Pflicht, darauf zu sehen daß nichts wider die Stiftungsgesetze, und wider die Rechte des Staats vorgenommen und beschlossen werde. — Die Möglichkeit eines solchen Beschlusses wird also doch vorausgesetzt. Deutlicher spricht sich das Landrecht über diesen Punkt nicht aus.

Verbrechen begehen könne; das Verbrechen wird mithin also immer nur, als von den Mitgliedern begangen, angesehen werden können, welche den verbrecherischen Beschluß faßten. Es wird daher auch, was praktisch am wichtigsten ist, die Strafe nur das Vermögen dieser Mitglieder, nicht das der Corporation treffen können. Daß aus politischen Gründen faktische Ausnahmen von dieser Regel gemacht worden sind, und daß man provisorisch oder definitiv auch Strafen gegen Corporationen als solche, — folglich gegen Schuldige und Unschuldige, — verhängt hat, entkräftet die Regel nicht. [6])

§. 22.

II. Von den Gründen der Zurechnungslosigkeit.

1) Von der Aufhebung der Zurechnung überhaupt. [1])

Eine Zurechnung zur Strafe kann nach dem bisher Ausgeführten gar nicht statt finden, wo ein bloßer Zufall

---

6) Dahin gehört die Authentica *item nulla* und *item quaecunque communitas.* C. de episcop. et cleric (I. 3.) Die Strafen welche hier der communitas gedroht werden, sind nach damaligem Staatsrechte ungefähr eben dasselbe, als wenn nach heutigem Völkerrechte ein erobertes Land eine Contribution bezahlen muß. Dergleichen Verhältnisse gehen über die Sphäre des streng juristischen Strafrechts eines einzelnen Staates, (im heutigen Sinne) hinaus. Eine andere ganz singuläre Ausnahme macht die c. 5. C. de fabricensibus (XI. 9.) Außerdem sprechen manche Stellen des römischen Rechts, aus welchen man die entgegengesetzte Meinung beweisen will, nur von privatrechtlichen Verhältnissen. fr. 9. §. 1. D. quod metus causa (IV. 2.) fr. 4. D. de vi (XLIII. 16.) fr. 11 — 13. D. admunicipes (L. 1.) Das Oestreichische Gesetzbuch über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 538. verpflichtet die Gemeinde, durch welche zu dem standrechtlichen Verfahren Anlaß gegeben worden, die Kosten zu tragen, es bleibt ihr dann das Recht vorbehalten, den Ersatz der gemachten Auslage von den eigentlichen Schuldigen zu fordern.

1) S. Wächter Lehrbuch Th. I. §. 74. Note 45.

eintritt, oder wo ein Ereigniß, nicht mehr mit einem menschlichen Willen, als seiner Ursache, in Verbindung steht; hier findet gar kein Verbrecheu statt. Wo aber die Gränze zwischen dem Zufalle und der Fahrlässigkeit sey, kann in einzelnen Fällen zweifelhaft seyn, im Allgemeinen ist nun wohl die, welche die C. C. C. [2]) zieht, die richtigste, indem hiernach der schädliche Effekt, welcher aus einer „ziemlichen und unverbotenen" Handlung entsteht, die auf die gehörige und übliche Art und Weise, und an einem Orte verrichtet ist, wo dergleichen Handlungen gewöhnlich vorgenommen werden, als bloßes Unglück angesehen werden soll. Abgesehen von diesem Falle, lassen sich aber die Gründe der Zurechnungslosigkeit auf folgende Hauptgesichtspunkte zurückführen. Entweder ist die Zurechnung aufgehoben, wegen des, bei ungestörter Willensfähigkeit, nicht vorhandenen rechtswidrigen Willens, [3]) oder wegen der, in einem abnormen Zustande des Geistes, mangelnden Willensfähigkeit, [4]) oder wegen eines obwaltenden physischen Zwanges. [5])

---

2) Die C. C. C. spricht hiervon bei Gelegenheit der Tödtung. Art. 146. Auch das römische Recht zeigt in Beziehung auf die actio ex lege Aquilia an mehreren praktischen Fällen wie sich der casus von der culpa unterscheide. fr. 8. §. 1. fr. 30. §. 3. fr. 31. fr. 52. §. 4. D. ad legem Aquiliam (IX. 2.) S. §. 36. Allg. Landr. f. d. preuß. Staaten. Th. II. 20. Der §. 6. Th. I. 3. sagt: Mittelbare Folgen, welche nicht vorausgesehen werden konnten, werden für zufällig gehalten. Baierisches Strafgesetzbuch. Art. 119. Oestreich. Gesetzb. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 2.

3) Dahin gehört z. B. die Nothwehr, und die Rechtsunwissenheit, wo dieselbe überhaupt entschuldigt.

4) Dahin gehören denn namentlich die geistigen Krankheiten.

5) Anders klassifizirt werden die Gründe der Zurechnungslosigkeit z. B. von Schröter Handbuch §. 97 — 101. Martin Lehrbuch §. 37. Feuerbach Lehrbuch §. 89 — 91.

§. 23.

2) Von der Zurechnungslosigkeit wegen Mangels des rechtswidrigen Willens.

Zu den Zuständen, wo zwar nicht die Willensfähigkeit aufgehoben ist, aber auch kein rechtswidriger Wille, trotz des verursachten äußern schädlichen Effekts vorhanden ist, gehört, 1) jedoch nur unter gewissen Voraussetzungen, der Rechtsirrthum und die Rechtsunwissenheit. Das römische Recht stellt in dieser Beziehung das Grundprinzip auf, daß Rechtsunwissenheit immer schade. [1]) Das Recht wurde für etwas im Volke Lebendes, gewissermaßen für einen Theil der Moral des Volkes angesehen, dem dafür freilich zur Zeit der klassischen Juristen eine höhere und religiöse Sittenlehre fehlte; [2]) wer das nicht wußte, was Allen bekannt war, hatte es sich selbst zuzuschreiben, wenn er in Strafe fiel. [3]) Nur in einzelnen Fällen wurde angenommen, daß auch wohl würklich eine Rechtsunwissenheit vor-

---

1) Fr. 9. pr. D. de jur. et facti ignor. (XXII. 6.) Regula est, juris quidem ignorantiam cuique noccre, facti vero ignorantiam non nocere. fr. 1. §. 4. D. de his qui not. inf. (III. 2.) Ignorantia enim excusatur non juris sed facti. fr. 16. §. 5. D. de publicanis (XVI. 4.) Licet quis se ignorasse dicat, nihilominus eum in poenam vectigalis incidere D. Adrianus constituit.

2) c. 2. C. de in jus vocando (II. 2.) Venia edicti non petita, patronum seu patronam, — — — — — — a libertis seu liberis eorum, non debere in jus vocari: jus certissimum est, nec in ea re rusticitati venia praebeatur, *cum naturali ratione honor hujusmodi personis debeatur.*

3) Fr. 38. §. 2. D. ad L. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) Quare mulier tunc demum eam poenam, quam mares sustinebit, *cum incestum jure gentium prohibitum admiserit, nam si sola nostri juris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata.*

handen seyn, und, wenn sie vorhanden, die rechtswidrige That würklich entschuldigen könne. Aber dieses sind immer nur solche Fälle, wo eine besondere, nicht allen Menschen eigenthümliche Rechtsbildung [4]) dazu gehört hätte, wenn der Uebertreter des Gesetzes dasselbe hätte kennen sollen, und wenn er nicht Gelegenheit hatte, sich Rechtsbelehrung zu verschaffen, oder solche, wo die Strafsanktion erst durch ganz spezielle Gesetze aufgestellt, und die verbotene Handlung nicht schon nach dem bei allen damaligen Völkern geltenden Rechte unerlaubt war; [5]) endlich kömmt diese Entschuldigung, auch in solchen Fällen, nur Weibern, Minderjährigen und bäuerischen, einfältigen Personen zu Statten. [6]) Wo die Römer der Rechtsunwissenheit einen Ein-

---

4) Fr. 9. §. 3. D. de jur. et f. ignor. (XXII. 6.) Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire ei detrimento sit juris ignorantia, quod raro accipiendum est.

5) Fr. 38. §. 4. D. ad L. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) Fratres denique Imperatores Claudiae *crimen incesti* propter aetatem remiserunt, sed distrahi conjunctionem illicitam jusserunt, cum *alias adulterii crimen*, quod pubertate delinquitur, *non excusatur aetate.* Nam et mulieres in jure errantes, incesti crimine non teneri, supra dictum est, cum in adulterio commisso nullam habere possint excusationem.

6) Fr. 22. D. de Senastuscons. Silaniano (XXIX. 5.) Et si sciens, non tamen dolo aperuit (tabulas) aeque non tenebitur, si forte per *imperitiam*, vel per *rusticitatem ignarus* edicti praetoris vel senatus consulti aperuit. fr. 9. §. 2. D. de minorib. (IV. 4.) Et placet in delictis minoribus non subveniri — — — §. 5. ibid. Si in commissum incidisse vectigalis dicatur, erit in integrum restitutio, quod sic erit accipiendum, si non dolus eorum interveniat. fr. 1. §. 10. D. ad SCtum Turpill. (XLVIII. 16.) fr. 1. §. 5. D. de edendo (II. 13.) fr. 38. §. 4. D. ad L. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) s. Note 5.

fluß gestatten wollen, pflegen sie, besonders bei neu gegebenen Gesetzen, dieses ausdrücklich zu bemerken, [7]) oder auch umgekehrt der Rechtsunwissenheit alle entschuldigende Kraft abzusprechen, [8]) welches in legislativer Hinsicht allen Beifall verdient. Auf einer durchaus andern Grundlage beruht die C. C. C. und das spätere germanische Recht. Hier wird nämlich angenommen daß es durchaus nicht nothwendig sey, daß das positive Strafgesetz, (welches übrigens damals in der Regel auch keine Handlungen verpönte, die nicht schon nach der allgemeinen Meinung des Volks Verbrechen waren,) Allen bekannt sey, wenigstens wurde dieses in Beziehung auf die Art und Quantität der Strafe durchaus nicht erfordert; [9]) denn weil das weltliche Gesetz, nach dem allgemeinen Glauben der frühern Zeit, unmittelbar auf dem göttlichen Gesetze ruhte, so war dieses auch hinreichend den Menschen zu unterrichten, welche Handlungen gegen göttliche und menschliche Ordnung seyen, und daß die Obrigkeit ihre Gewalt dazu habe, das Unrecht zu strafen. Daher ist auch die C. C. C. zunächst nur zur Instruktion der Schöppen geschrieben, wo aber außerordentlicher Weise harte Strafen auf geringe Uebertretungen ge-

---

7) Z. B. fr. 22. D. de SCto Silaniano (XXIX. 5.) s. Note 6.

8) Fr. 15. D. de lege Cornelia de fals. (XLVIII. 10.) D. Claudius edicto praecepit adjiciendum legi Corneliae, ut si quis, cum alterius testamentum vel codicillos scriberet, legatum sibi sua manu scripserit, proinde teneatur, ac si commisisset in legem Corneliam, et ne vel iis venia detur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant.

9) Qualität und Quantität der Strafe waren ja meistentheils, in das Ermessen der Urtheiler gestellt, wie konnte also der Verbrecher es vorher wissen, mit welcher Strafe er belegt werden werde? Daß aber Missethaten überhaupt gestraft werden, konnte wohl nicht leicht Jemanden unbekannt bleiben.

setzt, oder bisher unsträfliche Handlungen verpönt wurden, wurde das Gesetz auch auf jede zweckdienliche Weise zur öffentlichen Kenntniß gebracht, so daß sich Jeder vor Schaden hüten, aber auch nicht leicht Jemand mit dem neuen Gesetze unbekannt bleiben konnte. [10]) Wer aber eine nicht schon nach dem sittlichen Bewußtsein eines Jeden strafbare Handlung dennoch beging, weil ihm durch ein unglückliches Ungefähr jenes singuläre Gesetz unbekannt geblieben war, wurde allerdings für entschuldigt angesehen, [11]) oder man ließ wenigstens, — wenn die Handlung an sich nicht besonders schwer und nur nach dem Gesetze dieses einzelnen Landes mit einer exorbitanten Strafe verpönt war, — eine Strafmilderung eintreten. Als man aber in späterer Zeit das Recht gänzlich von seiner bisherigen sittlichen Grundlage loszureißen und die Zurechnungsfähigkeit auf den, durch die Strafdrohung angeblich bewürkten, psychologischen Zwang zu gründen strebte, wurde auch konsequent die Behauptung aufgestellt, daß nothwendig immer wo gestraft werden solle, die Kenntniß des positiven Strafrechts vorhanden seyn müsse, [12]) und daß mithin die Zurechnung aufhöre, wo

---

10) Daher die Sitte das neue Gesetz von den Kanzeln verlesen zu lassen, wie z. B. bei den strengen brandenburgischen Mandaten über das Anhalten der Deserteurs, den Hausdiebstahl, und dergleichen, geschah.

11) Den Unterschied zwischen an sich unsittlichen Handlungen macht schon *Böhmer* Meditationes ad art. 179. §. 12. Dieser will zwischen dem Falle, wo die Rechtsunwissenheit sich auf die Unerlaubtheit des Faktums, und dem wo sie sich auf die Größe der Strafe bezieht, unterschieden wissen, nur im letztern Falle soll die Unwissenheit oder der Irrthum möglicherweise, — d. h wenn besondere Umstände dieses rechtfertigen, eine Strafmilderung bewürken.

12) Feuerbach Revision u. s. w. Bd. II. S. 42 — 44. S. 67. Note Lehrbuch 8te Ausg. §. 88.

würklich eine Unkenntniß der positiven Strafrechtsnormen vorhanden war, welche Behauptung von Manchen sogar soweit ausgedehnt wurde, daß wo auch nur ein Irrthum in Beziehung auf das Strafquantum statt fand, die Strafbarkeit als vermindert angesehen werden sollte, weil der Verbrecher in diesem Falle, ja auch nur durch die Vorstellung von einer geringern Strafe abgeschreckt worden.[13]) Aber es leuchtet von selbst ein, daß durch die konsequente und redliche Durchführung dieser Ansicht, die meisten Verbrecher straflos werden würden, weil das Detail unsrer heutigen Gesetzgebungen nichts weniger als volksthümlich ist, und die wenigsten Verbrecher vorher die Strafgesetzgebung ihres Landes anders als von Hörensagen, niemals aber das einzelne ausdrückliche Verbot, den §. des Strafgesetzbuches, kennen.[14]) Unter den neuern Gesetzgebungen räumt die

---

13) Böhmer a. a. O. ist übrigens weit davon entfernt, diese Rücksicht auf die individuelle Gesetzkenntniß des Verbrechers, als die Regel aufstellen zu wollen, er rechtfertigt sie nur in Beziehung auf außerordentliche persönliche Verhältnisse des Angeschuldigten und außerordentlich harte Strafen.

14) Man hat, um ja noch die letzte Spur eines Zusammenhanges zwischen dem Strafrechte und der religiösen Sittenlehre — (welcher insofern in den meisten Ländern Deutschlands noch besteht, als der Verbrecher nicht gefragt wird ob er das Strafgesetzbuch, sondern ob er die Gebote Gottes kenne? —) aufzuheben, den Vorschlag gethan: die Schuljugend künftig in der Strafgesetzgebung des Landes zu unterweisen, auch Katechismen zu diesem Ende entworfen. Es kann hier nicht untersucht werden, ob und in wieweit es rathsam sey, den Unterricht über die (oft so veränderlichen) Polizeigesetze des Landes in den Volksschulen zu ertheilen; wenn aber jener Unterricht sich auch auf die eigentlichen Criminalgesetze erstrecken soll, und wenn dabei die Absicht obwaltet, durch diese Rechtskenntniß des Volkes die Strafrechtspflege eines Landes von Religion und Sittlichkeit auch im Leben unabhängig zu machen, so vergißt man dabei, daß es schwerlich ein angenehmes Bewußtsein seyn kann, unter Menschen zu

baierische[15]) der Rechtsunwissenheit den meisten Einfluß ein, das preußische Landrecht[16]) schließt sich mehr an die ältere Theorie der gemeinrechtlichen Juristen, unterscheidet jedoch nicht zwischen an sich unsittlichen und bloß durch positive Gesetze verbotenen Handlungen, sondern zwischen Handlungen, welche die öffentliche oder Privatsicherheit gefährden, und solchen, wo dieses nicht der Fall ist. Das östreichische[17]) Strafgesetzbuch läßt bei Ver-

---

leben, von denen man die Ueberzeugung haben kann, daß sie nicht mehr aus religiösen und moralischen Gründen nicht Verbrechen begehen, sondern dieselben unterlassen weil sie durch die Strafgesetze abgeschreckt werden. — Daß übrigens bei dem Religionsunterrichte der Jugend, Vorurtheile des Volkes, (z. B. in Beziehung auf Meineide, auf Begünstigung mancher Verbrechen und dergl.) zerstört werden, ist gewiß sehr wünschenswerth, dazu bedarf es aber keiner isolirten Criminalkatechismen.

15) Art. 121. Eine That ist aus gleichem Grunde straflos 6) wenn die Person in unüberwindlicher, schuldloser Unwissenheit ihre Handlung für erlaubt und unsträflich gehalten hat. Vergl. jedoch Art. 71. Art. 39. Dabei (bei der Präsumtion des Dolus) schließt weder die Meinung, was unter bürgerlicher Strafe verboten ist, sey nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen, noch der Irrthum oder die Unwissenheit bloß über Art und Größe der Strafe, — — — den rechtswidrigen Vorsatz aus.

16) §. 10. Th. II. Tit. 20. Eine absichtliche Verletzung der öffentlichen oder Privatsicherheit, kann durch die Unwissenheit der Gesetze nicht entschuldigt werden. §. 11. Sonst trifft die Strenge der Gesetze nur den, welcher das Strafgesetz zu wissen schuldig, und im Stande gewesen ist. S. hierüber des Verfassers Beiträge zur Revis. der preuß. Strafgesetzgebung in Hitzig's Zeitschrift. Heft 5. (Jahrgang 1826.) S. 99. ff.

17) Th. I. §. 2. Mit der Unwissenheit des gegenwärtigen Gesetzes über Verbrechen, da das Unrecht derselben unverkennbar ist, kann sich Niemand entschuldigen. Th. II. §. 1. Die schweren Polizei-Uebertretungen sind insgesammt Handlungen oder Unterlassungen, die jeder als unerlaubt von selbst erkennen kann; oder, wo der

brechen und schweren Polizeiübertretungen diese Entschuldigung gar nicht zu, und auch das französische Strafrecht versagt ihr jede Würkung. [18]) 2) Zu den Gründen welche die Zurechnung, wegen des mangelnden rechtswidrigen Willens aufheben können, gehört auch der völlig entschuldbare [19]) Irrthum, in Beziehung auf die faktischen Umstände der objektiv rechtswidrigen Handlung. [20])

Uebertreter die besondere Verordnung welche übertreten worden, nach seinem Stande, seinem Gewerbe, seiner Beschäftigung oder nach seinen Verhältnissen, zu wissen verpflichtet ist. Die Unwissenheit kann also bei schweren Polizeiübertretungen nicht entschuldigen.

18) Im Code pènal ist dieses nirgends ausgesprochen, aber die Jurisprudence steht darüber in Frankreich fest. Vergl. *A, J. Mars* Corps de droit criminel. Paris 1821. T. I. p. 406. note 2.

19) Es versteht sich von selbst daß der Irrthum strafbar ist, wenn er verschuldet ist, oder in dem Leichtsinne oder der Uebereilung des Angeschuldigten seinen Grund hat. Vergl. *Böhmer* Meditationes ad art. 179. §. 12.

20) Baierisches Strafgesetzbuch Art. 72. Ein Uebertreter, welcher aus Unwissenheit eines Thatumstandes die Strafbarkeit seiner Handlung nicht gekannt, diese aber durch Unterlassung der erforderlichen Erkundigung oder Bedachtsamkeit selbst verschuldet hat, ist wegen fahrlässiger Uebertretung zu bestrafen. Wenn aber derselbe die richtige Einsicht nicht erlangen konnte, oder wenn er gethan hat, was ihm nach seinen Verhältnissen, Umständen und Kräften möglich war, so wird ihm solche Unwissenheit nicht zur Schuld gerechnet. Oestreichisches Gesetzbuch über Verbrechen u. s. w. Th. I. §. 2. Daher wird die Handlung nicht als Verbrechen zugerechnet, — — — wenn ein solcher Irrthum mit unterlief, der ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen ließ. Im preußischen Landrechte ist des Irrthums in Beziehung auf Fakta zwar nicht ausdrücklich Erwähnung gethan, die Fassung des §. 28. Th. II. 20. (wonach eine Fahrlässigkeit dann vorhanden ist, wenn Jemand die gesetzwidrige Folge seiner Handlung bei gehöriger Aufmerksamkeit und Ueberlegung hätte voraussehen können,) macht es möglich den ganz entschuldbaren Irrthum als straflos zu behandeln. Das französische Recht erwähnt

Ist dieser bewiesen, so ist dadurch auch zugleich die Nichtexistenz des Dolus dargethan, wenn das was der Handelnde thun wollte, etwas Unsträfliches war. Es fällt folglich bei allen den Verbrechen, die bloß doloser Weise begangen werden können, die Zurechnung gänzlich weg, wenn ein solcher Irrthum würklich obwaltete. [21]) 3) Rechtswidriger Wille findet nicht statt bei der Ausübung einer völlig gerechten Nothwehr. [22]) Die C. C. C. spricht von derselben in besonderer Beziehung auf die Tödtung, wo die ganze Lehre am meisten praktisch wird, [23]) und aus den dahin gehörenden Stellen [24]) und der Natur der Sache

---

den Irrthum in Beziehung auf Thatsachen nicht besonders, die in der Natur der Sache liegenden Grundsätze sind aber auch hier keineswegs ausgeschlossen. Das römische Recht erkennt den unverschuldeten Irrthum in Beziehung auf Thatsachen, an mehreren Orten als einen Entschuldigungsgrund an. fr. 3. §. 21. D. de SCto Silan. (XXIX. 5.) fr. 6. fr. 9. pr. §. 2. D. de jur. et facti ignor. (XXII. 6.)

21) Vergl. fr. 36. §. 1. fr. 37. D. de usurpationib. (XLI. 3.) fr. 25. §. 6. D. de haered. petit (V. 3.)

22) Fr. 3. D. de just. et jure (I. 1.) Ut vim atque injuriam propulsemus, juris gentium est; nam jure hoc evenit, ut, quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur. fr. 4. pr. D. ad L. Aquil. (IX. 2.) — — — Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere. fr. 45. §. 4. ibid. fr. 1. §. 27. D. de vi (XLIII. 16.) c. 1. C. unde vi (VIII. 4.) Vergl. über diese ganze Lehre Wächter Lehrbuch §. 49 — 52. und Böhmer Handbuch der Litterat. d. Cr. R. S. 690 — 697.

23) Deshalb haben auch die ältern Schriftsteller ganz Recht, wenn sie bei der Abhandlung dieser Lehre, den Fall der Tödtung beständig im Auge behalten. Ohne diese Rücksicht wird die Materie zu sehr in's Abstrakte und Unpraktische gezogen.

24) Art. 140. Item so eyner jemant mit eynem tödtlichen waffen oder weer überlaufft, anficht oder schlecht, und der benöthigt

leitete die Interpretation der gemeinrechtlichen Juristen, die Requisite ab, welche die Nothwehr haben muß, um völlig gerechtfertigt zu seyn. Zu diesen gehört zuvörderst, daß der

---

kan füglich on ferlichkeyt oder verletzung, seins leibs, lebens, ehr und guten leumuts nicht entweichen, der mag sein leib und leben on alle straff durch eyn rechte gegenweer retten, und so er also den benötiger entleibt, er ist darumb nichts schuldig, ist auch mit seiner gegenweer biß er geschlagen wirdt zu warten nit schuldig, unangesehen ob es geschrieben rechten vnnd gewonheyten entgegen wer. Art. 142. Item so der ankläger der ersten tödtlichen anfechtung oder benötigung darauff, als obsteht, die notweer gegründt, bekenntlich ist, oder bestendig nit verleugknen kan, und dagegen sagt, daß der todtschläger darumb keyn rechte entschuldigte notweer gethan haben soll, wann der entleibt hat fürgewendter bekenntlicher anfechtigung oder benötigung rechtmessig ursach gehabt, als geschehen möcht, So eyner eynen unkeuscher werck halber bey seinem ehelichen weib, tochter oder andern bösen strässlichen übelthatten fünde, und darumb gegen demselben übelthätter tödtlich handlung, zwang oder gefengnuß, wie die recht zulassen, fürnem, oder dem entleibten hett gebürt den verklagten todtschläger, von ampts wegen zu fahen, vnnd die notturfft erfordert jn mit waffen solcher gefenknuß halb zu bedrohen, zwingen und nöttigen, daß er also inn recht zulessiger weiß gethon hett, oder so der kläger jn diesem fall eyn solche meynung fürgab, daß der angezogen todtschleger darumb keyn recht notweer gethan hat, wenn er des entleibten, als er jn erschlagen hett, gantz mechtig vnnd von der benötigung erledigt gewest, oder meldet daß der entleibt, nach gethaner ersten benöttigung gewichen, dem der todtschläger aus freihem willen und ungenötter ding nachgevolgt, und jn allererst inn der nachvolg erschlagen hett, Mer, so fürgewendt wirdt, der todtschläger wer dem benöttigen wol füglicher weiß und on ferlichkeyt seines leibs, lebens, ehren und guten leumutshalben entwichen, darumb die entleibung durch den verklagten todtschläger nit auß eyner rechten entschuldigten notweer, sonder böslich geschehen wer, und darumb peinlich gestrafft werden solt ꝛc. Sollich obgemelt und ander dergleichen fürgeben, soll der ankläger, wo er des gnieſſen will gegen erfindung, daß der todtschläger durch den entleibten, erstlich als vor steht benöthigt worden ist, beweisen, und so er eyne derselben obgemelten oder ander dergleichen, rechtmessigen verursachung gegen der ersten unlaugbar anfechtung oder benöttigung

Angriff gegen welchen die Nothwehr statt fand ein ungerechter war, und mithin kann weder gegen Nothwehr noch gegen obrigkeitliche Personen, welche in Ausübung ihres Amtes thätig sind, eine Nothwehr statt finden. Dieses ist die Regel; eine Ausnahme wird aber statt finden, wo eine obrigkeitliche Person, mit offenbarer Ueberschreitung ihrer Amtspflicht, das Leben des Benöthigten bedrohete, denn in diesem Falle läßt sich freilich nicht behaupten, daß sich der Benöthigte vorläufig hätte fügen müssen, und daß er dann durch eine Beschwerde bei der höhern Behörde sich hätte Recht verschaffen können. Zweifelhaft ist es ferner, ob gegen den Exceß der Nothwehr, eine rechte entschuldigte Nothwehr statt finden könne, und ob eine rechte Nothwehr vorhanden sey, wenn der Angriff des Getödteten durch die

---

gnugsam beweist, so kann sich solcher todtschläger keyner rechten oder gentzlichen entschuldigten notweer behelffen, unangesehen, ob außgefürt oder bestanden würd, daß ja der entleibt (als vor von der notweer geschriben steht) erstlich mit eyner tödtlichen weer angefochten und benöttigt hat, So aber der kläger der ersten erfunden benöttigung halb, keyn solche rechtmessige verursachung bewieß, sonder der verklagt todtschläger seiner berümbten notweer halb ausfündig macht, daß er von dem entleibten mit eyner tödtlichen weer, als vor von rechter notweer gesetzt ist, erstlich angefochten worden wer, So ist die notweer durch den verklagten todtschläger außgefürt, und soll doch gemelte kundtschafft beider theyl mit einander zugelassen und gestelt werden. Nemlich ist hierinn zu merken, so eyner der ersten benöttigung halb redlich ursach zur notweer gehabt, und doch in der That nit alle umbstende, die zu eyner gantzen entschuldigten notweer gehören, gehalten hatt, ist not gar eben zu ermessen, wie vil oder wenig der thätter zur that ursach gehabt hab, vnnd daß fürther die straff an leib, leben oder aber zu buß und besserung erkant werd, alles nach sonderlicher radtgebung der rechtverstendigen, als hernach gemeldet wird, wann diese fell gar subtil underscheyd haben, darnach hierinn anderst und anderst, schwerlicher oder linder geurtheylt werden soll, welche underscheyd, dem gemeynen mann verstentlich nit zu erklären seind.

Schuld [25]) dessen, der die Nothwehr hernach vorwendet, herbeigeführt wurde. Daß hier der Tödtende doch immer die erste Ursache des Streites war ist evident, und es dürfte derselbe demnach schwerlich von aller Schuld freizusprechen seyn, wenn gleich in beiden Fällen [26]) die Ueberschreitung der rechtlichen Gränze von Seiten des Getödteten die Schuld des Andern zu mindern wohl im Stande wäre. Daß der Angriff schon begonnen habe, ist nach den Worten des Art. 140. der C. C. C. nicht nothwendig, wohl aber daß derselbe in so weit unvermuthet [27]) war, daß die Hülfe der Obrigkeit nicht herbeigeholt werden konnte. [28]) Be-

---

25) Am richtigsten wird man hier wohl unterscheiden müssen, ob der lebensgefährliche Angriff von Seiten des Getödteten durch bloße Injurien, Sticheleien u. dergl. oder durch körperliche Mißhandlungen veranlaßt wurde. In beiden Fällen dürfte sich die Lage der Sache im Leben wohl ganz verschieden gestatten. Vergl. hierüber auch Böhmer Meditationes ad art. 140. §. 1.

26) Die C. C. C. entscheidet dieselben im Art. 142. allerdings nicht ausdrücklich, aber stillschweigend scheint der Gesetzgeber, unter einer völlig entschuldigten Nothwehr doch immer den Fall zu verstehen, wo Jemand ohne irgend eine Schuld von seiner Seite in den Fall kam sich vertheidigen und den Andern tödten zu müssen.

27) Dieses geht aus dem Worte: „Ueberlaufen" hervor, welches die C. C. C. Art. 140. gebraucht. S. Walch Glossarium s. v. Ueberlaufen.

28) §. 518. Allg. Landr. f. d. preuß. Staaten. Th. II. 20. Die Nothwehr findet aber nur gegen eigenmächtige Gewalt und auch gegen diese nur alsdann statt, wenn die obrigkeitliche Hülfe die Beleidigung weder abwenden, noch den vorigen Zustand wieder herstellen kann. Baierisches Strafgesetzbuch. Art. 125. Rechtswidrige Gewaltthaten und verbrecherische Angriffe auf Personen oder Güter, zu deren Abwendung die Auffoderung obrigkeitlicher Hülfe unmöglich, oder die gegenwärtige obrigkeitliche Hülfe unzureichend ist, darf ein jeder von sich selbst und Andern durch Privatgewalt abzuwenden versuchen. — — —

stritten ist es aber zum Schutze welcher Güter die Nothwehr rechtlich statthaft sey? Die C. C. C. rechnet hierhin Keuschheit, Leib, Leben und Gut, [29]) die gemeinrechtliche Doktrin hat aber hieran manche praktisch sehr wichtige Fragen geknüpft. Zuvörderst nämlich frägt es sich, ob, wenn der feindliche Angriff bloß gegen das Eigenthum gerichtet war, dieses auch mit Gewalt geschützt werden könne? wenn man diese Frage nach den Worten der C. C. C. wie nach der Natur der Sache, — (da Niemand für verbunden erachtet werden kann, sich sein Eigenthum mit Gewalt und Unrecht nehmen zu lassen,) bejaht, so frägt es sich, wie weit sich die zur Vertheidigung des Eigenthums angewendete Gewalt erstrecken dürfe? Einige verlangen in dieser Beziehung, daß das Gut unersetzlich, Andere wenigstens daß der bevorstehende Schaden bedeutend und groß seyn müsse, wenn die in der Nothwehr erfolgte Tödtung als entschuldigt angesehen werden solle. [30]) Richtiger aber

---

29) S. C. C. C. art. 140. 142. 150. Item es sein sunst andere mer entleibung, die etwo aus unstrefflichen ursachen beschehen, so dieselben ursachen recht und ordentlich gebraucht werden, als da eyner jemandt umb unkeuscher werk willen, die er mit seinem eheweib oder tochter übet, erschlecht. — — — — — — — Item so eyner zu rettung eynes andern leib, leben oder gut jemandt erschlecht, — — — —

30) S. Wächter Th. I. S. 87. und 88. §. 521. Allg. Landr. f. d. preuß. St. Th. II. 20. Auch muß das zur Abwendung des Schadens gewählte Mittel mit dem Schaden selbst, welcher durch die Nothwehr abgewendet werden soll, in Verhältniß stehen. §. 522. Ebendas. Dies findet auch zu Vertheidigung des Besitzes statt, wenn sonst der Schaden unersetzlich seyn würde. Baierisches Strafgesetzbuch Art. 129. Innerhalb der vorbestimmten Grenzen ist die Vertheidigung gestattet 1) gegen alle gewaltthätigen mit Gefahr für Gesundheit, Leben, Freiheit oder Keuschheit verbundenen Angriffe auf die Person selbst; 2) gegen denjenigen der bei einem Diebstahl

wird man hier wohl annehmen können, daß es gar nicht auf den Werth der angriffenen Sache, sondern auf die Größe der Gewalt des Angreifenden ankomme. Mit der „Benöthigung" kann auch das Bedürfniß der Vertheidigung steigen, und somit kann möglicherweise auch bei der Vertheidigung einer geringfügigen Sache sich die Nothwehr bis zur Tödtung des Andern erstrecken, wobei denn aber, wie sich von selbst versteht, immer auf die einzelnen Fälle und deren Umstände Rücksicht genommen werden muß, was ja schon die C. C. C. Art. 142. empfiehlt. — Ob die Nothwehr zum Schutze der Ehre möglich sey, läßt sich ebenfalls nur entscheiden, wenn man die einzelnen Fälle und ihre Individualität erwägt, und wenn man die Nothwehr von der Rache streng sondert. [31]) Unter dieser Voraussetzung wird sich denn namentlich gegen Verbalinjurien, ehe sie ausgesprochen sind, keine andere Nothwehr, als die Drohung mit einer gerichtlichen Klage denken lassen. Ist die Schmähung aber ausgesprochen, so wird jede Thätlichkeit, nicht mehr eine Nothwehr, sondern eine Rache seyn. [32]) Dagegen wird die Frage, ob eine Nothwehr gegen Realinjurien überhaupt möglich sey, und ob dieselbe sich bis

---

ertappt wird; 3) gegen verbrecherische Gewaltthaten, welche auf Beschädigung oder Vernichtung liegenden oder beweglichen Eigenthums gerichtet sind; 4) gegen diejenigen, welche in eines Andern unbewegliches Besitzthum gewaltthätig einzufallen, einzubrechen, oder sonst auf unerlaubte Weise einzudringen suchen.

31) Dieses spricht vornämlich aus c. 18. X. V. 18. (de homicid.) — — quamvis vim vi repellere omnes leges et omnia jura permittant: tamen id debet fieri cum moderamine inculpatae tutelae, *non ad sumendam vindictam, sed ad injuriam propulsandam.*

32) Es versteht sich daher von selbst, daß das Duell in keinem Falle unter den juristischen Gesichtspunkt der Nothwehr gegen Ehrenverletzung zu bringen ist.

zur Tödtung des Angreifenden erstrecken könne, durchaus nicht im Allgemeinen, sondern immer nur mit Berücksichtigung der Individualität des Falles, besonders aber der größern oder geringern Schwere der Thätlichkeiten und vornämlich des Standes beider Theile zu entscheiden seyn.[33]) Immer aber wird man auch hier den entscheidenden Gesichtspunkt festhalten müssen, daß eine Nothwehr,

---

33) Diese Rücksicht, welche die ältere Criminalisten, namentlich Böhmer a. a. O. zu nehmen pflegen, wird von den neuern Schriftstellern, obgleich sie in der Natur der Sache liegt, allgemein perhorreszirt. Aber in der Würklichkeit wird sich ein Bedienter, der seinen Herrn tödtet, weil dieser ihm ein paar leichte Schläge giebt, oder zu geben droht, auch vorausgesetzt daß der Herr seine Befugniß überschreitet und Unrecht thut, schwerlich darauf berufen können, daß er nur seine Ehre durch diese Nothwehr habe schützen wollen, während, wenn ein Offizier eine Tödtung unter diesen Umständen begeht, dieselben wenigstens den bedeutendsten Einfluß auf die Beurtheilung des Falles haben werden. — Unmöglich läßt sich hier aber eine scharfe Grenze ziehen und festsetzen, wem die Nothwehr gegen Realinjurien gestattet seyn solle und wem nicht. Bei lebensgefährlichen Mißhandlungen wird immer eine Nothwehr gestattet seyn; hier aber kömmt es nicht bloß auf eine Verletzung der Ehre, sondern auf eine Gefahr des Lebens an. — Nach preuß. Landrechte wird sich eine Nothwehr gegen Realinjurien, welche sich auch bis zur Tödtung des Angreifenden erstrecken dürfte, nur rechtfertigen lassen, wenn diese gedroheten Realinjurien lebensgefährlich waren. — Nur unter dieser Voraussetzung läßt das preuß. Landr. §. 79. Th. II. Tit. 5. eine thätliche Widersetzung des Gesindes gegen die Herrschaft zu. Das baier. Strafgesetzbuch führt Art. 129. die Gegenstände, welche durch Nothwehr geschützt werden können auf, erwähnt aber der Ehre nicht unter diesen. Das Oestreich. G. B. über Verbr. ꝛc. sagt Th. I. §. 127. „Derjenige, der Jemanden in Anwendung einer gerechten Nothwehr tödtet, begeht kein Verbrechen. Es muß jedoch bewiesen, oder aus den Umständen der Personen, der Zeit, des Ortes mit Grund zu schließen seyn, daß der Thäter sich der nöthigen Vertheidigung gebraucht habe, um sein, oder seines Nebenmenschen Leben, Vermögen oder Freiheit zu schützen.“ — Auch hiernach kann also von einer Nothwehr gegen Verletzungen der Ehre nicht die Rede seyn.

nachdem die Beleidigung schon geschehen, schlechthin undenkbar ist, [34]) und daß demnach eine solche hinterher verübte Verletzung immer als Rache erscheint. Hieraus ergiebt sich aber, daß im würklichen Leben die eigentliche Nothwehr gegen Realinjurien nur sehr selten vorkommen wird, und daß die meisten Fälle, die man hierher rechnen möchte, schon eine würkliche Privatgenugthuung enthalten werden. [35]) Endlich ist nicht zu übersehen, daß die Nothwehr auch zum Schutze dritter Personen vorkommen kann, welche nicht grade nothwendig Verwandte des Schützenden zu seyn brauchen. [36]) Die Wahl der Vertheidigungsmittel und der Grad der abwehrenden Gewalt, richtet sich lediglich nach dem Grade der angewendeten Gewalt des Angreifers, und es ist namentlich die Tödtung desselben nur da erlaubt, wo sie würklich nothwendig war und dem Benöthigten kein andres Mittel, (z. B. die Flucht) [37]) zu

---

34) S. c. 18. X. V. 12. (de homic.) Preuß. Landr. §. 666. Th. II. Tit. 20. Ueberhaupt darf Niemand sich für vermeintlich erlittene Beleidigungen eigenmächtig Genugthuung nehmen.

35) Das französische Recht spricht von der defense legitime im art. 328. des Code pènal. Il n'y a ni crime, ni delit, lorsqu' l'homicide, les blessures et les coups étoient commandès par la necessitè actuelle de la legitime defense de soi même ou d'autrui. — Zur Nothwehr wird nach art. 329. auch die Tödtung des Diebes zur Nachtzeit, und die Tödtung des Räubers oder gewaltsamen Diebes gerechnet. — Von Nothwehr in Beziehung auf die Ehre ist auch hier nicht die Rede. — Wohl aber sagt der art. 321. Le meurtre ainsi que les blessures et les coups sont *excusables*, s'ils ont été provoquès par des coups ou violences graves envers les personnes.

36) S. C. C. C. art. 150. §. 1. fr. 1. §. 4. D. ad L. Cornel. de sicar. (XLVII. 8.) Preuß. Landr. §. 517. Th. II. 20. Baierisches Strafgesetzb. Art. 126. Oestr. G. B. über Verbr. ꝛc. Th. I. §. 17. *Code pènal* art. 328.

37) Die C. C. C. Art. 140, läßt die Nothwehr zu, wenn der

Gebote stand, wobei denn aber freilich die billige Rücksicht auf des Letztern bedrängten Gemüthszustand nicht außer Acht gelassen werden darf. [38]) Das Ueberschreiten der Gränze der Nothwehr, wird ein Exceß derselben genannt; der Beweis der völlig gerechtfertigten Nothwehr aber muß aus den Umständen geführt werden, [39]) und es streitet für dieselbe keine Präsumtion. 4) Außer den genannten Fällen,

---

Benöthigte ohne Fährlichkeit oder Verletzung seiner Ehre und seines guten Leumuths nicht entweichen kann. — Auch heutzutage würde es eine besondere, wenigstens mildernde, Rücksicht verdienen, wenn die besondere Standesehre die Flucht verbietet. Das preuß. Landr.. sagt §. 523. a. a. O.: So lange der Angegriffene sich ohne seine Gefahr dem Angriffe des Andern zu entziehen vermag, ist er zu dessen lebensgefährlicher Beschädigung nicht berechtigt. Baierisch. Str. G. B. Art. 127. Die gewaltsame Privatvertheidigung ist nicht entschuldigt, wenn Zeit und Gelegenheit zu andern dem Angegriffenen nicht unbekannten Mitteln vorhanden waren, durch welche derselbe ohne alle andre Gefahr sich dem Angriffe zu entziehen, das bedrohte Gut in Sicherheit zu bringen, oder sonst die Absicht des Angreifers zu vereiteln vermochte.

38) Die Gränzen der erlaubten Nothwehr bezeichnet der Art. 128. d. Baier. Strgesb. Aber mit Recht setzt der Art. 130. hinzu. Wenn im Falle überschrittener Grenzen rechtmäßiger Vertheidigung, aus den Umständen des Ortes, der Zeit, der Personen, der Art des Angriffs und dergleichen mit Wahrscheinlichkeit sich ergiebt, daß der Angegriffene aus Ueberraschung übermächtiger Furcht, in gestörter Besonnenheit das Maß erlaubter Vertheidigung überschritten habe, so darf ihm die unverschuldete Unbedachtsamkeit zu keiner Strafe gereichen. Art. 131. Ein gleiches findet statt, wenn während der Gegenwehr des Angegriffenen aus der Anwendung eines an sich erlaubten und den Umständen angemessenen Vertheidigungsmittels unabsichtlich eine größere Beschädigung des Angreifers entstanden ist, als zu dessen Abhaltung erforderlich und von dem Angegriffenen beabsichtet war.

39) Der Art. 142. der C. C. C. bezieht sich auf den Anklageprozeß. Das Nähere über diese Materie gehört in die Lehre vom Strafverfahren.

wo eine eigentliche Nothwehr statt findet, lassen sich noch einige andere nahmhaft machen, wo nicht sowohl eine eigentliche Vertheidigung vorhanden, als vielmehr eine Selbsthülfe rechtlich erlaubt ist, und aus diesem Grunde bei dem Handelnden ein rechtswidriger Wille nicht statt findet. [40]) Dahin gehören, die auf der Gränze zwischen Nothwehr und Selbsthülfe stehenden Fälle, wo Jemand einem fliehenden Diebe das gestohlene Gut wieder abnimmt, [41]) oder sich mit Gewalt wieder in den Besitz einer unbeweglichen Sache setzt, aus welcher er dejicirt worden. [42]) Andere Fälle wo das römische Recht eine Selbsthülfe auszuüben gestattet, also namentlich das Recht des Vaters oder Ehemannes den auf der That ertappten Ehebrecher zu tödten oder gefangen zu halten, [43]) das unbedingte Recht der Verwandten einer entführten Jungfrau oder Wittwe den Entführer zu tödten, [44]) und das Recht einen zur Nachtzeit stehlenden Dieb zu erschlagen, [45]) sind heutzutage wohl

---

40) Vergl. oben §. 18. Note 10.

41) Er sichert sich hier immer noch gegen den völligen Verlust des Eigenthums der Sache, und es fällt mithin dieser Fall noch in die Kategorie des Selbstschutzes gegen Beeinträchtigung des Eigenthums. Vergl. Baier. Str. G. B. Art. 129. Num. 2. Preuß. Landr. §. 78. Th. II. 20.

42) Fr. 3. §. 9. fr. 17. D. de vi (XLIII. 16.) §. 143. Allg. preuß. Landr. Th. I. 7. Unter gleichen Umständen, (wenn die Hülfe des Staats zu spät kommen würde einen unersetzlichen Verlust abzuwenden,) kann auch der, welcher seiner Gewahrsam aber seines Besitzes mit Gewalt entsetzt worden, sich der in den Gesetzen erlaubten Selbsthülfe bedienen. —

43) Fr. 20. D. ad L. Jul. de adult. XLVIII. fr. 24. pr. §. 1. fr. 25. ibid. c. 4. C. ad L. Jul. de adult. (IX. 9.)

44) C. unic C. de rapt. virg. (IX. 13.)

45) Das ältere römische Recht läßt die Tödtung des fur no-

durch die Bestimmungen der C. C. C. und des canonischen Rechts, [46]) welches scharf zwischen Rache und Nothwehr unterscheidet, antiquirt. Das preußische Landrecht kennt als eine besondere Art der rechtlich erlaubten Selbsthülfe noch den Gebrauch des Hausrechts. Verletzt wird dasselbe nämlich, wenn innerhalb des Hauses, der Wohnung oder des sonstigen Aufenthaltsortes eines Andern, oder innerhalb der Gränze eines mit Mauern, Planken,

---

cturnus, nicht bloß zur Nothwehr, sondern überhaupt zur Selbsthülfe, als ein jus singulare, zu. Fr. 4. §. 1. D. ad. Leg. Aquil. (IX. 2.) Aber die Interpretation der röm. Juristen milderte diese Strenge dadurch, daß man die Tödtung des Diebes zur Nachtzeit nur alsdann erlaubte, wenn der Bestohlene ihn ohne Gefahr seines eigenen Lebens nicht schonen konnte. Fr. 5. pr. ibid. fr. 9. D. ad L. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.) Es ist daher ganz falsch wenn man behauptet, daß das sogar schon von den römischen Juristen auf den Fall der Nothwehr eingeschränkte Tödtungsrecht des Diebes zur Nachtzeit, heutzutage noch gelten solle; diese Behauptung stellte früher Feuerbach auf, berichtigt sie aber in der 9ten Aufl. §. 322.

46) S. C. C. C. art. 140. 142. 150. In dieser letztern Stelle heißt es freilich, daß es eine unsträfliche Entleibung sey, „wenn eyner jemandt umb unkeuscher Werk willen, die er mit seinem eheweib oder tochter übet, erschlecht," aber es sind diese Worte wohl schwerlich für eine reine Bestätigung des römischen Recht anzusehen, sondern auf den Fall einer gewaltsamen Schändung oder eines bei dem Tödtenden obwaltenden gerechten Zornes zu beziehen, als in welchem letztern Falle aber nur eine Strafmilderung anzunehmen ist. Vergl. Wächter Lehrbuch Th. II. S. 450 — 454. Der *Code pènal* sagt art. 329. Sont compris dans les cas de necessitè actuelle de defense, les deux cas suivants: — Si l'homicide a ètè commis, si les blessures sont etè faites, ou si les coups ont etè portès en repoussant pendant la nuit l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrèe d'une maison ou d'un appartement habitè ou de leurs dependances. — Genau genommen ist dieser Fall keine Nothwehr im strengen Sinne des Wortes, sondern er wird nur kraft der Fiktion des Gesetzes für eine solche angesehen.

Zäunen oder auf andere Weise umgebenen Platzes, Jemand Handlungen vornimmt zu denen er nicht berechtigt ist, oder in diesen Bezirk, wider den Willen des Besitzers eindringt. Der Einwohner ist befugt den Verletzer des Hausrechts, zu nöthigen, daß er von seinem zudringlichen und eigenmächtigen Verfahren abstehe, soll aber bei dem Gebrauche dieses Rechts, Leib und Ehre des Eindringenden möglichst schonen. [47]) 5) Die Zurechnung wird aufgehoben durch einen gesetzlich vollkommen verbindlichen Befehl. Das römische Recht [48]) erkennt dieses in einem sehr weiten Umfange an, und gestattet noch den damals obwaltenden Familienverhältnissen dem Befehle des Herrn und

---

47) §. 525 — 532. Preuß. Landr. Th. II. 20. — Von dem Falle, wo Sachen eines Andern bei Gelegenheit und zur Abwendung einer drohenden Gefahr verletzt sind, wird passender im besondern Theile, bei der Lehre von der rechtswidrigen Beschädigung von Sachen, gehandelt. Wird der Thatbestand dieses Verbrechens zweckmäßig normirt, so kann schon deshalb nicht jener Nothfall unter dessen Begriff gezogen werden; auf jeden Fall ist es nicht rathsam, zu einer Zeit, wo man nicht Namen und Gründe genug für die Straflosigkeit der Verbrechen erfinden kann, ganz abstrakt von einem „Nothrechte" zu sprechen.

48) Fr. 4. D. de Reg. Jur. (L. 17.) Velle non creditur, qui obsequitur imperio *patris* vel *domini*. fr. 175. ibid. Ad ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris ignoscitur servis, si dominis — — — — obtemperaverint. fr. 20. D. de Obl. et Actionib. Servus non in omnibus rebus sine poena domini dicto audiens esse solet, sicuti si dominus hominem occidere, aut furtum alicui facere servum jussisset. Quare quamvis domini jussu servus piraticam fecisset, judicium in eum post libertatem reddi oportet. Sed si aliqua rixa ex litibus et contentione nata esset, aut aliqua vis juris retinendi causa facta esset et ab his rebus facinus abesset, tum non convenit praetorem, quod servus jussu domini fecisset, de ea re in liberum judicium dare. c. 8. pr. C. ad L. Jul. de vi (IX. 12.) fr. 17. §. 7. D. de injuriis (XLVII. 10.)

des Vaters einen solchen Einfluß, daß dadurch entweder bei geringern Verbrechen die Strafbarkeit ganz aufgehoben, bei schwerern dieselbe wenigstens verringert wird. [49]) Heutzutage kann man nur den von der rechtmäßigen Obrigkeit ausgehenden, und die Gränzen der rechtlichen Befugniß derselben nicht überschreitenden Befehl, als die Zurechnung des Befehligten ausschließend ansehen; [50]) keineswegs wird aber dem Befehle der Eltern oder der Herrschaft diese Kraft beizulegen seyn, wenn nicht etwa andere konkurrirende Umstände (z. B. Irrthum in Beziehung auf Thatsachen, Drohungen oder Jugend,) eine Zurechnungslosigkeit oder wenigstens eine Strafmilderung der Kinder oder Dienstboten herbeiführen. [51])

---

49) C. 2. C. de sepulcr. violat. (IX. 19.) Si servus in demoliendis sepulchris fuerit deprehensus, si id *sine domini scientia* faciat, *metallo* addicatur, si vero *domini auctoritate* vel *jussione* urgetur, *relegatione* plectatur.

50) Ob der Befehl die Gränze der rechtlichen Befugniß der befehlenden Behörde nicht überschreite, kann nur nach der Verfassung jedes Landes beurtheilt werden. c. 13. Causa XXIII. qu. 5. Miles, cum obediens potestati, sub qua legitime constitutus est, hominem occidit, nulla civitatis suae lege reus est homicidii! imo nisi fecerit, reus est imperii deserti atque contemti. Quod si sua sponte atque auctoritate fecisset, in crimen effusi sanguinis humani incidisset. — Code pènal art. 327. Il n'y a ni crime ni delit, lorsque l'homicide les blessures et les coups étoient ordonnès par la loi, et commandès par l'autoritè legitime.

51) C. 91. Causa XI. Qu. 2. Non semper malum est non obedire praecepto, cum enim dominus jubet ea, quae sunt contraria Deo, tunc ei obediendum non est. Baierisches Strafgesetzb. Art. 122. Der bloße Befehl zur Begehung eines Verbrechens entschuldigt den Vollbringer nicht von Strafe. Wenn aber ein Staatsbeamter oder eine öffentliche Behörde ihren untergebenen Beamten, Dienern oder untergeordneten Behörden eine solche Handlung befohlen hat, welche bloß als Mißbrauch, Ueberschreitung oder

§. 24.

3) Von der Zurechnungslosigkeit wegen Mangels an Willensfreiheit.

F. C. A. Heinroth, Lehrbuch der Störungen des Seelenlebens. Leipz. 1818. 2 Thle.

Derselbe Anweisung für angehende Irrenärzte zu richtiger Behandlung ihrer Kranken. Leipzig 1825.

Derselbe System der psychisch-gerichtlichen Medizin, oder theoretisch-praktischen Anweisung zur wissenschaftlichen Erkenntniß und gutachtl. Darstellung der krankhaften persönlichen Zustände, welche vor Gericht in Betracht kommen. Leipzig 1825.

J. C. A. Clarus, Die Zurechnungsfähigkeit des Mörders Johann Christian Woyzeck nach Grundsätzen der Staatsarzneikunde aktenmäßig erwiesen. Leipzig 1824.

J. C. A. Heinroth, Ueber die gegen das Gutachten des Herrn Hofrath D. Clarus, von Herrn D. C. M. Marc in Bamberg abgefaßte Schrift: War der am 27. Aug. 1824 zu Leipzig hingerichtete Mörder J. C. Woyzeck zurechnungsfähig Leipz. 1824.

A. Henke, Lehrbuch der gerichtlichen Medicin §. 235 — 291.

Derselbe Ueber die gerichtsärztliche Beurtheilung der psychischen

---

Verletzung der Amtspflichten straffällig ist, so wird nur der befehlende Theil verantwortlich, nicht der gehorchende. Das preuß. Landr. §. 46. Th. I. Tit. 6. verpflichtet den, welcher den Befehl dessen dem er zu gehorchen schuldig ist, vollzieht, sogar zum Schadenersatze, wenn die befohlene Handlung in den Gesetzen ausdrücklich verboten ist. §. 47. sagt aber: Wer vermöge seines Standes oder Amtes die Befehle seiner Vorgesetzten ohne Einschränkung zu befolgen verpflichtet ist, von dem kann nicht gefordert werden, daß er einen in Dienstgeschäften ihm geschehenen Auftrag seiner Obern prüfe. Das Oestr. Gesetzbuch über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 5. erklärt, daß nicht nur der unmittelbare Thäter allein des Verbrechens schuldig werde, sondern auch zu der, welcher durch einen Befehl daran Theil genommen hat.

Krankheitszustände zum Behuf der Rechtspflege (in dessen Abhandlungen aus dem Gebiete der gerichtl. Medicin. Bd. II. S. 163. u. ff.) [1]) Vergl. a. a. O. Bd. I. S. 127. Bd. III. S. 1. S. 398. Bd. IV. S. 399.

Zu den Zuständen welche die Zurechnung im Menschen, wegen des Mangels des Willens überhaupt aufheben, gehören: 1) die singulären krankhaften Geisteszustände, in welchen der Mensch unfrei ist. Nur in sofern der Mensch ein sittlich freies Wesen, eine Person ist, [2]) kann überhaupt von Zurechnung, Schuld und Strafe die Rede seyn. Alle jene Zustände nun, wo diese Freiheit vorübergehend oder auf die Dauer aufgehoben ist,

---

1) Unter den vielen Schriften über psychische Krankheiten sind absichtlich bloß die oben angegebenen angeführt, weil der Verfasser nur die in ihnen vorgetragenen Grundsätze für die richtigen hält. Eine Verwirrung in den obersten Grundsätzen, die durch das Citiren heterogener Schriften nur gar zu sehr befördert wird, ist hier fast verderblicher als in jeder andern Lehre und führt zur blinden Willkühr in der Beurtheilung der psychischen Zustände. Das oft angeführte Buch von J. Ch. Hoffbauer Die Psychologie in ihren Hauptanwendungen auf die Rechtspflege. Halle 1808. wird beurtheilt und bestritten von Heinroth in dessen Lehrb. der Störungen d. Seelenleb. Bd. I. S. 152. u. a. and. O. „Hoffbauer, sagt Ebenders. (in seiner Abhandlung über die gegen das Gutachten d. H. Hofrath D. Clarus von Herrn D. Marc abgefaßte Schrift. S. 51.) — — — — — — — geht bei Bestimmung der psychisch-krankhaften Zustände von einem ganz falschen Princip aus, indem er ihren Grund in dem gestörten Verhältniß der Seelenvermögen findet, welches er mit dem Namen Verrückung bezeichnet. Er macht dadurch den Menschen zu einer Maschine, welche auf das richtige Verhältniß ihrer Theile berechnet ist." — Die neueste juristische Schrift über die geistigen Krankheiten ist von *Car. Jos. Mittermaier* Disquisitio de alienationibus mentis, quatenus ad jus criminale spectant. Heidelbergae 1825. — Wir folgen im Allgemeinen in der oben mitgetheilten Darstellung der Zurechnungslosigkeit wegen geistiger Krankheiten, den Principien Heinroth's.

2) S. Heinroth System u. s. w. S. 69. S. 116.

heben auch während ihrer Dauer mit jener Fähigkeit der freien Wahl zwischen dem Guten und Bösen, die Zurechnung auf; sie sind aber durchaus nicht zu verwechseln mit den rein somatischen und mit den ethischen Krankheiten, [3]) da die erstern zwar einen Zustand der Zurechnungslosigkeit (z. B. ein Fieberdelirium) herbeiführen können, aber an sich noch kein Grund der Zurechnungslosigkeit sind. Die letztern, — als die Sünde, erscheinen sogar als der eigentliche Grund der Strafe, und es ist ein Abläugnen des Fundaments aller Sittlichkeit und eine totale Verwirrung der Begriffe, wenn man die sittliche Zerrüttung eines Menschen, oder sogar das Daseyn von Trieben, Neigungen, Gelüsten und Lockungen in demselben für einen Aufhebungsgrund der Zurechnung ansehen will, [4]) da es grade die

---

3) Sehr richtig sagt Heinroth a. a. O. S. 126: „Der Mensch erkrankt ethisch bloß, weil sein freier Wille das Gesetz der ethischen Gesundheit verletzt, weil er sündiget. Die Sünde ist der einzige ethisch-krankhafte Zustand des Menschen. So wenig aber organische Krankheiten ethisch-krankhafte Zustände erzeugen können, so sehr können die letztern organische Krankheiten herbeiführen." — — —

4) Besonders irrige und für die Anwendung höchst gefährliche Grundsätze stellt in dieser Hinsicht Grohmann auf. (S. dessen Aufsätze in Nasse's Zeitschrift für psychische Aerzte. Jahrg. 1818. 2tes Heft. S. 174. u. ff. 4tes Heft. S. 471. ff. 1819. 2tes Heft. S. 257.) Dieser Schriftsteller stellt Lehren auf, welche sich von den oben mitgetheilten Prinzipien Hommel's, (S. oben §. 20. Note 4.), nur dadurch unterscheiden, daß sie weniger klar gedacht und weniger präcis ausgesprochen sind. Auf der andern Seite geht er aber auch weiter als eben dieser Schriftsteller, indem er gradezu den würklichen Grund der Strafe, die sittliche Desorganisition des Menschen, für einen Aufhebungsgrund der Zurechnung gehalten wissen will. (S. besonders Nasse's Zeitschrift für psychische Aerzte. Jahrg. 1818. Heft 4. S. 471. u. ff.) Da nun aber in der That jeder Mensch der eine Sünde begeht, wenigstens für

Aufgabe des Menschen ist diese zu überwinden und sich von ihnen nicht hinreißen zu lassen. Die würklich unfreien, oder die Persönlichkeit des Menschen affizirenden, krankhaften Zustände sind aber solche, welche das Bewußtsein des Menschen völlig aufheben, oder doch wenigstens verdunkeln. Dabei ist es gleichviel aus welcher Quelle sie entspringen, [5]) aber jede Krankheit des geistigen Menschen wird, weil der Charakter der Persönlichkeit das Bewußtsein ist, als Krankheit des Bewußtseins erscheinen. [6]) Nur in sofern sie sich in dieser Sphäre des Bewußtseins manifestirt, wird sie überhaupt äußerlich wahrgenommen werden können. Unter diesen krankhaften geistigen Zuständen unterscheidet Heinroth solche, welche die Freiheit der Person völlig aufheben, mithin eigentlich unfreie Zustände, (im engern Sinne), [7]) und solche wo die Freiheit nicht aufgehoben, sondern bloß wegen krankhafter organischer Zu-

---

diesen Augenblick sittlich desorganisirt ist, so folgt daraus, daß alle Strafjustiz rein überflüssig wäre. Nur humane Psychologen wären alsdann nothwendig, die dieses dann auch in jedem einzelnen Falle deduciren könnten. (Vergl. übrigens den Aufsatz desselb. Verfassers: Kotzebue's und Sands unglückliches Ende. Psychologische Bemerkung. Nasse's Zeitschrift u. s. w. Jahrg. 1819. Heft. II. S. 206.) S. Heinroth (Ueber die Schrift von Marc.) S. 25 und 26.

5) Heinroth System ꝛc. S. 133. Sehr richtig bemerkt derselbe hier, daß das Criterium der Zurechnungsfähigkeit nicht im Verstande zu suchen sey; „recht auffallend ist dieses am Nachtwandler. Er verrichtet seine Geschäfte verständig, aber unwillkührlich und bewußtlos. Wäre er seiner bewußt, so wachte er; und er wacht auch auf, sobald er seiner bewußt wird."

6) Derselbe a. a. O. S. 168 und 169.

7) Er nennt diese: psychisch-organische Zustände a. a. O. S. 138.

stände gehemmt oder gebunden ist.[8]) Der Schlaf ist dagegen der natürlich-gebundene Zustand des Menschen. Im reinen Schlafe ist daher alles Handeln unmöglich, die Bewegungen sind unwillkührlich und der körperliche Effekt derselben kann dem Menschen nicht zugerechnet werden, wenn er es nicht durch Handlungen vor dem Einschlafen verschuldet hat.[9]) Zu den krankhaften, unfreien Zuständen (im eminenten Sinne) gehört nun nach jener Eintheilung: a) der Wahnsinn,[10]) eine Krankheit in der Sphäre des Gemüths, herbeigeführt durch eine Exaltation desselben. Er ist ein Traumleben im wachenden Zustande; die Einbildungskraft ist hier vornämlich thätig und versetzt den Menschen in eine eingebildete Welt, worin er wie im Traume unfrei, und die Phantasie über ihn Herr geworden ist. Dieser Zustand hebt die Zurechnungsfähigkeit schlechthin auf; aber wenn der Wahnsinn nicht mit der Tollheit komplizirt ist, so pflegt diese Art der Gemüthskrankheit nicht die Quelle von Verbrechen zu seyn, weil seine ganze Wirksamkeit sich bloß auf das Gebiet der Phantasie erstreckt,[11]) und erst wenn die Tollheit sich zu ihm gesellt, einen gefährlichern Charakter annimmt. Er ist entweder ein anhaltender (acuter) Wahnsinn, oder ein periodischer, bei welchem letztern die s. g. lichten Zwischenräume vorkommen, während welcher

---

8) Heinroth nennt diese Zustände organisch-psychische. Hier liegt die eigentliche Krankheit im körperlichen Organismus a. a. O. S. 138.

9) Wie z. B. die Amme, welche unvorsichtigerweise ein Kind zu sich in's Bette nimmt und dann im Schlafe erdrückt. Vergl. cl. unic. *Clem.* 3. 4. (de homic.) c. 3. X. V. 10. (de his qui fil. occid.) §. 738 und 739. Preuß. Landr. Th. II. 20.

10) S. Heinroth System S. 180 — 190.

11) Heinroth a. a. O. S. 184.

vollkommene Zurechnungsfähigkeit statt findet. [12]) b) Von dem Wahnsinne ist zu unterscheiden die Verrücktheit, [13]) als eine krankhafte Exaltation des Verstandes. Sie ist ein fortdauernd unfreier Zustand und ist entweder eine allgemeine Verrücktheit, (Verworrenheit) wo die Vorstellungen gar keinen innern Zusammenhang und keine Beziehung auf besondere Gegenstände haben, oder sie bezieht sich auf besondere Gegenstände, und ist alsdann Wahnwitz, wenn sie Gegenstände der Sinnenwelt, Aberwitz, wenn sie übersinnliche Gegenstände, und Narrheit, wenn sie das eigene Subjekt betrifft. — Die Verrücktheit ist immer ein unfreier Zustand, selbst wenn sie nur eine partielle ist. [14]) c) In der Sphäre des Willens ist die Form der durch Exaltation desselben herbeigeführten Krankheit, die Tollheit (Manie), [15]) die sich in einem blinden, vom Verstande losgerissenen Zerstörungstriebe äußert, und unbedingt die Zurechnung aller in diesem Zustande begangenen Handlungen aufhebt. — Während die genannten Formen der geistigen Krankheit in einer Exaltation des menschlichen Geistes ihren Grund haben, ist dagegen auch eben so häufig der entgegengesetzte Grund, eine Depression vorhanden. Diese äußert sich d) in der Sphäre des Gemüths, als Melancholie, [16]) als deren unterscheidenden Charakter Heinroth die Insichversunkenheit angiebt, und auch die reine Melancholie, welche nicht mit Verrücktheit noch Tollheit vermischt ist, als einen durchaus unfreien Zustand

---

12) Ebendas. S. 188.

13) Ebendas. S. 198 — 206.

14) Ebendas. S. 204.

15) Ebendas. S. 215 — 224.

16) Ebendas. S. 191 — 198.

bezeichnet. [17]) e) Der durch Depression herbeigeführte Gegensatz der Verrücktheit ist der Blödsinn, [18]) der zunächst das Vorstellungsvermögen angreift, und sich von der Dummheit und dem Schwachsinne durch den Mangel der freien Bestimmungsfähigkeit unterscheidet. [19]) Heinroth nimmt drei Grade desselben an, die Verthiertheit, die Stumpfheit und die Imbecillität, [20]) und stellt mit Recht diesen Zustand der Verrücktheit gleich. f) Der Tollheit stellt derselbe Schriftsteller, [21]) die Willenlosigkeit gegenüber, welche eine gänzliche Lähmung der Thatkraft ist und sich in einer völligen Unthätigkeit äußert; aus dieser Ursache wird sie aber auch nicht als der Grund solcher Criminalverbrechen erscheinen können, zu welchen eine Handlung gehört, sondern nur diejenigen Verbrechen entschuldigen können, welche durch

---

17) Diese Ansicht kann der Verfasser nicht theilen. Heinroth sagt übrigens selbst S. 194: die Melancholie mache zum Selbstmorde geneigt, „und wenn sie mit Verrücktheit verbunden ist, auch zum Morde Anderer." Die Frage ist demnach nicht, ob ein verrückter Melancholischer, der einen Andern ermordet, der Zurechnung unfähig sey, sondern ob die reine Melancholie von derselben befreie. Dahin würde z. B. gehören: der Mord aus Ueberdruß des eignen Lebens, aus verunglückter Liebe, Furcht vor der Verführung des geliebten und nachher ermordeten Gegenstandes; wenn aber hier die melancholische Stimmung des Mörders, an und für sich ein entschuldigender Grund seyn sollte, so würde der Richter auf jenes dunkle Gebiet des Abwägens der Motive geführt werden, wo die Ermittelung eines sichern Resultats nicht möglich ist. Vergl. meine Beiträge u. s. w. in Hitzig's Zeitschrift. Heft 5. S. 134.

18) Heinroth a. a. O. S. 206 — 214.

19) Heinroth a. a. O. S. 208.

20) Nicht jeder Imbecille, sagt Heinroth a. a. O. S. 212, ist auch ein gänzlich Unfreier, aber die Imbecillität kann bis zur gänzlichen Unfreiheit gesteigert werden. — — —

21) Heinroth a. a. O. S. 224 — 228.

eine Unterlassung begangen werden. [22]) Zu den, von den eigentlich unfreien Zuständen zu unterscheidenden gebundenen Zuständen, gehört der Mittelzustand zwischen Schlaf und Wachen, [23]) in welchem der Mensch noch als ein Träumender anzusehen und der Zurechnung aus diesem Grunde nicht fähig ist, ferner der Zustand des Nachtwandelns, [24]) das Delirium, welches bei dem Ausbruche oder während des Verlaufs solcher körperlichen Krankheiten eintritt, welche das Gehirn und das Nervensystem vorzüglich ergreifen, [25]) und der Zustand der Verwirrung, [26]) wo der Mensch durch heftige und plötzlich würkende äußere Eindrücke, zwar das Bewußtseyn nicht gänzlich verliert, auch am Verstande auf keine Weise verletzt wird, dennoch aber außer Stande ist, [27]) den Verstand zur Bestimmung

---

22) Wenn ein angeblich Willenloser dennoch eine Thätigkeit geäußert und dadurch ein Verbrechen begangen hat, so dürfte in der Würklichkeit wohl immer entweder ein andrer krankhafter Zustand (z. B. Blödsinn) vorhanden seyn, oder die Willenlosigkeit sich auf eine außerordentliche und ungewöhnliche Trägheit zurückführen lassen, welche keineswegs entschuldigt. Vergl. *Mittermaier* Disquis. de alienat. mentis p. 35., welcher auch der Ansicht ist, daß diese Willenlosigkeit in der Regel wohl immer mit dem Blödsinne zusammenfallen möchte. — Wenigstens wird dieses der Fall seyn, wenn sie im Gebiete der Strafrechtspflege erscheint. —

23) Heinroth a. a. O. S. 235. Klein's Annalen Bd. VIII. Num. 2. S. 9 — 50. J. C. F. Meister's Urtheile und Gutachten in peinl. und and. Straffällen. Frkfrt. a. d. O. 1808. Bd. I. S. 1. ff.

24) Heinroth a. a. O. S. 235 — 239. Die Litteratur über diesen Zustand findet sich bei Masius Gerichtl. Arzneiwissensch. Bd. I. Abtheil. 2. S. 658.

25) Heinroth a. a. O. S. 239 — 244.

26) Heinroth a. a. O. S. 245 — 248.

27) Ein solcher Fall wäre vorhanden, wo Jemand im Dunkeln unvermuthet erschreckt Feuer gäbe, oder mit einem Messer um sich

seines Willens zu gebrauchen. — Außer den genannten Zuständen werden aber (s. oben) von den neuern Psychologen und Aerzten auch noch andere Krankheiten des menschlichen Geistes als Gründe für die Aufhebung der Zurechnung angesehen. Man nimmt namentlich an, daß in gewissen Zuständen des körperlichen Organismus gewisse Triebe zu schädlichen Handlungen entstehen können, welchen der Mensch nicht mehr zu widerstehen im Stande seyn soll, eine Lehre, die von Andern schon ins Abstrakte gezogen und zu dem allgemeinen Satze verarbeitet ist: daß wenn der Thäter durch einen unwiderstehlichen, ihn hinreißenden Instinkt zur That bestimmt sey, keine Zurechnung statt finden könne. [28]) Noch Andere [29]) gingen noch weiter und machten den Uebergang zu der Behauptung, daß, wenigstens bei jedem schwerern Verbrechen, (z. B. dem Morde von Verwandten,) auch ein ihm entsprechender Trieb zum Grunde liege. [30]) Die

---

stieße, und so den Erschreckenden tödtete. Vorausgesetzt daß hier die Verwirrung nicht simulirt ist, kann von Dolus zunächst gar keine Rede seyn. Auch wäre hier, falls sonst dem Angeschuldigten nichts zur Last fällt, schwerlich eine solche Richtung oder Bestimmung des Willens anzunehmen, wie sie zum Daseyn der culpa erfordert wird, weil der Erschreckte ganz unwillkührlich um sich stieß oder das Feuergewehr abschoß; und somit könnte und müßte der Richter einen Angeschuldigten dieser Art freisprechen.

28) Sehr richtig bemerkt Feuerbach (Lehrbuch §. 90. Note f) daß die Behauptung, nach welcher Verbrechen, die aus diesen krankhaften Gelüsten entstehen, straflos seyn sollen, wenn sie konsequent durchgeführt wird, aller Criminaljustiz ein Ende machen würde.

29) Grohmann in Nasse's Zeitschrift für psychische Aerzte. Jahrg. 1818. S. 503.

30) Daß jedem Verbrechen auch ein innerer Antrieb zu demselben zum Grunde liege, ist in gewisser Hinsicht ganz richtig, nur die darauf gebaute Folgerung ist falsch, denn grade deswegen, weil der Mensch diesem Antriebe folgte, wird er bestraft.

gemäßigtern Vertheidiger dieser Ansicht begnügten sich damit einen Brandstiftungstrieb [31]) anzunehmen, der sich bei jugendlichen Verbrechern während ihrer Entwickelungsperiode zeigen soll, und die Gelüste der Schwangern als einen Grund für die Aufhebung der Zurechnung gelten zu lassen. [32]) Das Faktum der würklichen Existenz solcher Triebe kann wohl schwerlich geläugnet werden, aber es folgt daraus eben so wenig die Zurechnungslosigkeit solcher Subjekte, als man dieselbe bei einer Nothzucht oder bei der Sodomie behaupten kann, wo unbestreitbar ein so gewaltiger im körperlichen Organismus gegründeter Trieb vorhanden ist, daß er den Menschen zu den gewaltsamsten Handlungen hinreißen kann. [33]) — Das Wahre an jener Ansicht dürfte aber wohl darin bestehen, daß Brandstiftungen, wenn sie von jungen Personen [34]) aus bloßer Lust an Feuer und Feuerlärm verübt werden, allerdings weniger strafbar sind, als wenn andere Gründe z. B. Rache oder Raubsucht obwalteten. Aber der geringere

---

31) A. Meckel Beiträge zur gerichtlichen Psychologie. Halle 1820. S. 53. ff. Henke Abhandlungen. Bd. III. S. 211.

32) Hoffbauer Ueber die Gelüste besonders der Schwangern und ihren Einfluß auf d. rechtl. Zurechnung. (Im Neuen Arch. des Cr. R. Bd. I. Heft 4. S. 602.) Henke Abhandlungen. Bd. III. S. 237. Derselbe Lehrb. der gerichtl. Medicin. §. 286.

33) Wenn man den Hunger, wie häufig geschieht, in diese Kategorie stellt, so führt dieses nur zur Verwirrung der Begriffe. Der Hunger ist ohne Zweifel ein Naturtrieb, aber aus seiner Nichtbefriedigung folgt unmittelbar der Tod. Somit tritt er aber auch in die Kategorie des Zwanges, und dieses ist sein eigenthümlich charakteristisches Merkmal, welches ihn von jenen bloßen Gelüsten unterscheidet.

34) Legt ein Blödsinniger Feuer an, so ist er ebenfalls, aber aus einem andern Grunde, der Zurechnung nicht fähig.

Grad der Strafbarkeit ist durchaus nicht mit der Zurechnungslosigkeit, welche sich lediglich auf die Freiheit bezieht, zu verwechseln. Eben dasselbe dürfte auch wohl von den Gelüsten der Schwangern gelten, [35]) wenn würklich zu erweisen ist, daß das Verbrechen bloß einer solchen Ursache sein Entstehen verdankt und diese nicht etwa simulirt ist. Zu den zweifelhaften Gemüthszuständen rechnet man endlich noch den mit der Trunksucht zusammenhängenden, wuthähnlichen Zorn und die s. g. *amentia* occulta. Mit Recht behauptet Heinroth, [36]) daß derjenige, welcher

---

35) J. F. S. Worbe kann eine des Diebstahls Angeklagte zu ihrer Entschuldigung ein Schwangerschaftsgelüste anführen? Erzählung eines gerichtlich-medicinischen Falls mit Bemerkungen. In Nasse's Zeitschrift für psychische Aerzte Jahrgang 1819. S. 252. — Die französischen Gerichte wiesen in dem vorliegenden Falle aus sehr richtigen Gründen die Behauptung des Vertheidigers und der Aerzte zurück, daß eine Diebin wegen ihrer Schwangerschaft der Zurechnung nicht fähig sey. Sie wurde verurtheilt, „in Erwägung daß, wenn auch die Schwangerschaft und Niederkunft der Angeklagten so ausgemacht wäre, als sie zweideutig und ungewiß sind, ihr doch noch der Beweis übrig bleiben würde, daß ihre Schwangerschaft sie plötzlich in einen alle moralische Freiheit ausschließenden Anfall von Verstandesschwäche oder Wahnsinn versetzt habe, und sie auf diese Weise zu der That, worüber hier erkannt werden soll, veranlaßt worden sey;" — — — „In Erwägung endlich, daß es für die gute Ordnung, für die Sicherheit, für die Gewährleistung des unter dem Schutz der auf weise Art gedeuteten und angewendten Gesetze stehenden Eigenthums von Wichtigkeit ist, daß eine solche Entschuldigung, wie die, welche die Angeklagte für sich anführt, und welche durch keinen gesetzlichen Ausspruch unterstützt wird, nur sehr behutsam und nicht ohne sehr große Schwierigkeit von den Gerichten angenommen werde, da es ihnen vielleicht nicht einmal erlaubt ist, sie gelten zu lassen, weil sie auf keine Verordnung des Gesetzes gestützt ist." —

36) System der psychisch-gerichtl. Medizin u. s. w. S. 258 und S. 269. „Nochmals: nicht der Zustand, sondern der Grund und Ursprung des Zustandes ist es, welcher die Ahndung der Ge-

in dem erstgenannten Zustande ein Verbrechen begeht, zwar in einem gebundenen Zustande sich befinde, diesen aber verschuldet habe, mithin nicht aufhöre deshalb zurechnungsfähig zu seyn. Der letztgenannte Zustand, mit dessen Annahme man seit Platner großen Mißbrauch getrieben hat, wird von Heinroth [37]) als eine unreife geistige Krankheit der Person bezeichnet, welche sobald sie auf die Handlungsweise des Menschen einen Einfluß gewinnt, die Zurechnung aufhebt. Diese Bezeichnung ist in sofern wichtig, als die Krankheit alsdann doch in ihrem Verfolge reif werden und die Unfreiheit sich späterhin ganz deutlich wird manifestiren müssen. Daraus, ob dieses würklich geschieht oder nicht, wird sich dann ein Schluß auch auf die frühere Existenz oder Nichtexistenz der Unfreiheit bilden lassen. [38]) Sämmtliche bisher genannte Zustände dürfen aber nicht bloß behauptet und die Zurechnung darf nicht bloß zweifelhaft gemacht seyn, sondern sie müssen streng bewiesen werden, die eigentliche Entscheidung über ihr Vorhandensein gebührt dem Richter, nicht dem Arzte oder Chirurgen, der höchstens Data beibringen kann, aus welchen der Richter auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Unfreiheit schließen kann. Wollte man dem Arzte diese Entscheidung überlassen, so würde man ihn zwingen, sich mit dem Richter in Widerspruch zu setzen, oder mit seinem Gewissen, und in beiden Fällen würde er sich einer Ungerechtigkeit schuldig machen. Wollte man dem Richter diese Entscheidung nehmen, so würde man ihn zwingen, sich mit dem Arzte in Widerspruch zu setzen, oder mit seinem Gewissen, und in beiden Fällen würde er sich einer Ungerechtigkeit schuldig machen. Wollte man endlich beiden diese Entscheidung nehmen, so würde man sie zwingen, sich mit dem Gesetze in Widerspruch zu setzen, oder mit ihrem Gewissen, und in beiden Fällen würden sie sich einer Ungerechtigkeit schuldig machen. Oder man müßte aufhören den Menschen als moralisches Wesen zu betrachten; und dann würde von Gerechtigkeit gar nicht mehr die Rede seyn, sondern bloß von einem physischen Damme gegen die Verbrechen" u. s. w.

37) Heinroth a. a. O. S. 272.

38) Von den scheinbar unfreien Zuständen, welche wie natürlich als solche nicht entschuldigen, handelt Heinroth a. a. O. S. 316. Er rechnet dahin namentlich die Sinnestäuschungen, deren sich die Individuen als solcher bewußt sind, die Verstandes- und Gedächtnißschwäche, die Unachtsamkeit, Unüberlegtheit, Unvorsichtigkeit, Unbedachtsamkeit, Unbesonnenheit, den Affekt und die Kälte der Bosheit bei einem verhärteten ausgearteten Gemüthe. — Die Nichtexistenz einer Manie ohne Wahnsinn weist Henke nach (Lehrbuch §. 272. und Abhandl. II. S. 239.)

gus. [39]) Dieses wird auch in Frankreich bei weitem richtiger aufgefaßt, als es meistentheils in Deutschland geschieht, indem dort die Meinung des Arztes als eine Meinung behandelt, das Urtheil über die Thatsache der Zurechnungsfähigkeit den Richtern oder Geschwornen reservirt wird. [40]) Daß die preußische Criminalordnung [41]) den Richter an die Meinung des Arztes binden und den erstern dem letztgenannten habe unterordnen wollen, ist durchaus nicht zu erweisen, und die Annahme vom Gegentheil führt einestheils im Leben unvermeidlich zu Resultaten, welche die Gerechtigkeit eben so sehr beleidigen, als sie für die öffentliche Sicherheit verderblich sind, anderntheils läge aber auch in einer solchen Unterordnung etwas ganz Unpassen-

---

39) Heinroth sagt: (a. a. O. S. 145.) „Warum wenden sich Richter und Sachwalter an den Arzt? weil sie von einem Vorurtheile ausgehen, weil sie in dem Wahne stehen, zu welchem sie von den Aerzten selbst verleitet worden sind, daß es sich hier um körperliche Zustände und Beschaffenheiten handele. Freilich kann nur der Arzt hier Rede und Antwort geben, (???) aber nicht aus dem fälschlich angegebenen Grunde. Auch ist es erwiesenermaßen nur der psychische Arzt, der hier gründliche und genügende Auskunft geben kann. Aber die wissenschaftlichen psychischen Aerzte sind noch ein *pium desiderium*, und man kann hiebei sehen, wie weit die psychisch-gerichtliche Medizin noch von ihrem Ziele ist."

40) S. Nasse Zeitschrift u. s. w. Jahrg. 1819. S. 263.

41) Crim. Ordnung §. 280. „Finden sich, (bei einem Angeschuldigten) Spuren einer Verirrung oder Schwäche des Verstandes, so muß der Richter mit Zuziehung des Physikus oder eines approbirten Arztes, den Gemüthsstand des Angeschuldigten zu erforschen bemüht seyn, und die deshalb angewandten Mittel mit deren Resultaten zu den Akten verzeichnen, wobei der Sachverständige sein Gutachten über den vermuthlichen Grund (NB) und über die wahrscheinliche Entstehungszeit (NB) des entdeckten Mangels der Seelenkräfte abzugeben hat.

des, [42]) da Heinroth selbst die psychischen Aerzte zwar für die allein Sachverständigen, die Existenz derselben aber zugleich für ein pium desiderium erklärt; und mithin,

---

42) Der Verfasser kann der entgegengesetzten Ansicht des Herrn Criminaldirektor Hitzig, seines Freundes, welche derselbe in der Zeitschrift f. d. Crim. Rechtspflege u. s. w. Heft 2. S. 367 aufstellt, nicht beipflichten. Er glaubt die seinige mit dem §. 280. der Crim. Ord. folgendergestalt vereinigen zu können: 1) Der erwähnte §. (s. d. vorige Note) befiehlt zwar die Hinzuziehung des Physikus oder eines andern approbirten Arztes, aber nur zur Beihülfe des Richters. Dieses geht deutlich aus der Fassung des §. hervor. Der Richter soll den Gemüthszustand des Angeschuldigten untersuchen, der Arzt wird nur hinzugezogen, erscheint mithin als eine ganz sekundäre Person, der am wenigsten eine Entscheidung zusteht. 2) Wie die Criminalordnung (und die gemeinrechtliche Praxis überhaupt) Alles zu den Akten kommen läßt, so auch diese Meinung des Arztes. — Aber nirgends ist gesagt daß darin eine Entscheidung für den Richter liegen solle. 3) Dieses Gutachten des „Sachverständigen" umfaßt aber, nach den deutlichen Worten der Crim. Ord. gar nicht einmal den Hauptpunkt, (nämlich die Freiheit oder Unfreiheit des Angeschuldigten,) sondern zwei Nebenfragen, über den muthmaßlichen Grund und die wahrscheinliche Entstehungszeit des krankhaften Gemüthszustandes, deren Beantwortung dem entscheidenden Richter bei der ihm obliegenden Entscheidung dieses Punktes zwar von Nutzen seyn kann, streng genommen aber nicht einmal nothwendig ist, sobald die Hauptsache über die würklich obwaltende Freiheit oder Unfreiheit entschieden ist. 4) Nicht unwahrscheinlich ist es, daß die Crim. Ord. sich das Verhältniß zwischen dem Richter und dem Arzte so gedacht hat, daß der erstgenannte die Hauptsache, nämlich den Gemüthszustand des Angeschuldigten, der letztere dagegen bloß den somatischen Gesundheitszustand untersuchen solle. Ob und welchen Gebrauch der inquirirende, Richter von diesen Wahrnehmungen machen wolle und könne, bliebe ihm dann überlassen. 5) Beide, der Richter und der Arzt erscheinen aber, welches auch ihr Verhältniß zu einander sey, immer nur als inquirende Beamte, — das erkennende Gericht entscheidet. So wenig dieses durch des Inquirenten Meinung über Schuld und Unschuld des Angeschuldigten gebunden wird, so wenig durch die Meinung des Arztes über die Freiheit oder Unfreiheit des Verbrechers. —

nach der gegenwärtigen Lage der Dinge, der Richter mindestens eben so wohl über die geistigen Zustände zu urtheilen befugt ist, als die heutigen Aerzte. — Die posi-

---

Werden höhere Medicinalbehörden um ihre Meinung gefragt, so tritt diese, dem höhern Richterkollegium gegenüber, ganz in dasselbe Verhältniß, in welcher die Ansicht des Physikus zur Entscheidung des Richters erster Instanz steht. Das Gutachten ist bloß eine Vervollständigung der ersten Inquisition, oder soll es seyn, und der Richter der zweiten Instanz entscheidet darauf in allen Punkten mit derselben Freiheit und Unabhängigkeit wie der Richter der ersten Instanz. 7) Als Zeugniß kann das Gutachten des Arztes nicht betrachtet werden, da er nur über sein Dafürhalten deponirt, nicht über Thatsachen. Aber selbst wenn es ein Zeugniß wäre, so steht es dem Richter nicht bloß frei, sondern er ist verpflichtet es zu prüfen, und darf ihm nur, wenn er es innerlich wahr befindet, irgend einen Werth beilegen. Der §. 388. der Criminalordnung sagt ausdrücklich, was auch in der Natur der Sache liegt: „daß das Gutachten der Sachverständigen nur dann vollgültig sey, wenn es mit überzeugenden Gründen unterstützt ist.“ Der Richter soll also überzeugt werden, da eine Ueberzeugung ohne ein überzeugtes Subjekt nicht denkbar ist, ein anderes zu überzeugendes Subjekt hier aber füglich nicht angenommen werden kann. Ist der höchste Richter in der Sache durch das Gutachten nicht überzeugt, so muß sich der Angeschuldigte dabei beruhigen, und es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum man dem höchsten Richter nicht dieselbe Stellung zu der obersten Medicinalbehörde geben will, — die man doch einem untern Richter im Verhältniß zu einer untergeordneten Medicinalbehörde zugesteht. 8) Endlich ist nicht zu vergessen, daß die Crim. Ord. nur bei Gelegenheit einer recht eigentlich medicinisch-chirurgisch anatomischen Frage, (§. 173 — 177.) einen Rekurs an höhere Medicinalbehörden gestattet, als von welchem in Beziehung auf die Frage über die Zurechnungsfähigkeit gar nicht die Rede ist. — Man kam aber sehr leicht dazu jene Bestimmungen auch auf diesen Fall, der gar nichts mit jenem gemein hat, zu übertragen, weil man die Geisteskrankheiten überhaupt für etwas Somatisches ansah. Dieses thut die Crim. Ord. noch nicht, deshalb erkennt sie auch die Medicinalbehörden noch nicht für kompetent an, über das Geistige im Menschen ein entscheidendes und definitives Urtheil zu fällen. — Sehr scharfsinnige Ausführungen der entgegengesetzten Ansicht finden

tiven Gesetze können über diesen Punkt nur das enthalten, daß sie den Zustand der Unfreiheit wegen geistiger Krankheit, wo er vorkömmt, für einen solchen erklären, der die Zurechnung ausschließt, in den Benennungen aber, welche sie diesem Zustande geben, weichen die einzelnen positiven Rechtssysteme sehr von einander ab. Die C. C. C. [43]) wählt eine ganz allgemeine Bezeichnung, auch das französische Recht [44]) gebraucht den ganz allgemeinen Ausdruck: demencc, über dessen Bedeutung freilich die französischen Aerzte nicht einig sind. [45]) Auch die preußische Gesetzgebung [46]) setzt ganz allgemein fest, daß bei dem, der frei zu handeln unvermögend sey, kein Verbrechen und keine Strafe statt finden könne; die bairische Strafgesetzgebung [47]) bezeichnet dagegen die hieher gehörenden Zustände spezieller und sieht Rasende, Wahnsinnige, Blödsinnige, und solche Personen, welche den Gebrauch ihres Verstandes durch Melancholie oder andre schwere Gemüthskrankheiten

---

sich aber in Hitzig's Zeitschrift Heft 3. S. 222 — 235. und besonders in Mittermaier's Abhandlung über d. zweckmäßigste Art der gerichtl. Fragenstellung an Aerzte b. Erforsch. des geist. Zustand. der Angekl. und über d. Verhält. des Ger. u. der Medic. Behörde in Bezug auf ärztl. Gutachten. Ebendas. S. 235 — 261.

43) Art. 150. §. 1. — Item so leut tödten, die jr sinn nit haben, — Art. 179. Item wirt von jemandt, der jugent oder anderer gebrechlicheyt halben, wissentlich seiner synn nit hett, eyn übelthatt begangen, — — — Aus dem römischen Rechte gehören hieher fr. 14. D. de offic. praes. (I. 18.) fr. 12. D. ad Leg. Cornel. de sic. (XLVIII. 8.) fr. 9. §. 2. De Leg. Pomp. de Parric. (XLVIII. 9.)

44) Code pènal art. 64.

45) *Mittermaier*, De alienat. ment. p. 8. not. 18.

46) Preuß. Landr. §. 16. Th. II. 20.

47) Straf G. B. Art. 120.

völlig verloren haben, als der Zurechnung unfähig an. Eben so bestimmt das Oestreich. Gesetzbuch über Verbr. u. s. w., [48]) daß die Handlung oder Unterlassung als Verbrechen nicht zugerechnet werden solle, wenn der Thäter des Gebrauches der Vernunft ganz beraubt ist, und wenn er die That bei abwechselnder Sinnenverrückung zu der Zeit, da die Verrückung dauerte, oder in einer Sinnenverwirrung beging, in welcher er sich seiner Handlung nicht bewußt war. 2) Von der Zurechnung befreit der Zustand ununterrichteter Taubstummen, welche jedoch, so wie die bisher genannten geisteskranken Individuen, wenn sie ein Unglück angerichtet haben, aus polizeilichen Gründen und um ein neues zu verhüten, nicht zur Strafe, lebenslang oder bis zur unumstößlich erwiesenen und erprobten Heilung verwahrt werden müssen. [49]) 3) Was den Zustand der Trunkenheit betrifft, so erkennt das römische Recht ihn nicht als einen Aufhebungsgrund der Zurechnung, sondern nur als einen Strafmilderungsgrund an; [50]) daß die C. C. C. denselben dafür gehalten habe, läßt sich nicht nachweisen, und die allgemeinen Dispositionen der Art. 150. §. 1. und 179 dürften wohl schwerlich darauf zu beziehen seyn. [51]) Be-

---

48) Oestr. Gesetz über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 2. a. b. c.

49) Bairisches Strafgesetzb. Art. 120. Es sind insbesondere gegen alle Strafe entschuldigt: — — — 5) Taubstumme, wofern sie nicht über die Unerlaubtheit ihrer Handlung gehörig unterrichtet worden sind, und sonst ihre Zurechnungsfähigkeit außer Zweifel ist. — — — Nach dem östreichischen, preußischen und französischen Strafrechte, werden dieselben nur dann als entschuldigt angesehn werden können, wenn die Principien über unfreie Geisteszustände auf sie anwendbar sind. Vergl. Heinroth System u. s. w. S. 251.

50) Fr. 11. §. 2. D. de poenis (XLVIII. 19.)

51) Sie werden von Roßhirt S. 53. Wächter Th. 1. §. 72. u. And. auch auf diesen Fall ausgedehnt.

sonders merkwürdig sind dagegen aber die Bestimmungen des kanonischen Rechts, [52]) aus welchem sich ergiebt, daß die im höchsten Grade der Trunkenheit begangenen Verbrechen, dem Thäter zwar nicht zugerechnet werden dürfen, daß derselbe aber wegen dieses Zustandes Strafe verdient. An diese Unterscheidung schließt sich die spätere Theorie an. Carpzov [53]) schon stellt die richtige Ansicht auf, daß zwar der höchste Grad der Trunkenheit den Dolus ausschließe, daß aber, weil sich der Mensch freiwillig in diese Geistesabwesenheit versetzt hat, die während dieses Zustandes begangenen Verbrechen ihm insofern zur Last fallen, als er diesen Zustand verschuldete, und daß er mithin als kulposer Urheber derselben zu betrachten sey. Eine mäßige Trunkenheit verdiene dagegen gar keine Rücksicht. Eine andere Eintheilung der Trunkenheit stellt Böhmer [54]) auf, indem er nicht bloß auf den Grad der Trunkenheit, sondern auch auf den Entstehungsgrund derselben sieht, und vornämlich darauf Rücksicht nimmt, ob dieselbe freiwillig oder unfreiwillig entstanden ist. — Wichtig ist dieser Unterschied besonders deswegen, weil das preußische Landrecht [55]) denselben aufgenommen hat, und denjeni-

---

52) c. 7. Causa XV. Qu. 1. Nesciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent: jacent sepulti; ideoque si qua per vinum deliquerint, apud sapientes judices venia quidem facta donantur, *sed levitatis damnantur auctores.* c. 9. ibid. Inebriaverunt Loth filiae ejus, et se nescienti miscuerunt. *Quapropter culpandus est quidem;* non tamen, quantum ille incestus, sed quantum illa meretur ebrietas.

53) Practica rer. crim. P. III. Quaest. 146.

54) Meditationes in C. C. C. ad art. 179. §. 10.

55) §. 22. Th. II. 20. S. des Verfassers Beiträge zur Revis. der preuß. Straf-G.-Geb. in Hitzig's Zeitschrift Heft 5. S. 143.

gen der sich vorsätzlich oder vermittelst eines groben Versehens durch Trunk in den Zustand der Unfreiheit gesetzt und in diesem ein Verbrechen begangen hat, nach Verhältniß seiner Verschuldung bestraft wissen will. Der höchste Grad unverschuldeter Trunkenheit würde demnach die Zurechnung aufheben, wobei aber nicht zu vergessen ist, daß die Einrede: die Trunkenheit sey unverschuldet gewesen, die Präsumtion deswegen wider sich hat, weil das Trinken eine freiwillige Handlung ist, und daß eine unverschuldete Trunkenheit zu den seltensten Ausnahmsfällen gehören wird. — Die neuern Schriftsteller führen fast sämmtlich dieselbe als einen Grund der Zurechnungslosigkeit auf [56]) Nach dem östreichischen Strafrechte [57]) erscheinen Handlungen, welche in einer zufälligen Trunkenheit verübt sind, wenn sie sonst Verbrechen gewesen wären, nur als schwere Polizeiübertretungen, weil die Trunkenheit als den Dolus ausschließend angesehen wird. Das Bairische Strafgesetzbuch [58]) erwähnt dagegen unter den Aufhebungsgründen der Zurechnung des Zustandes der Trunkenheit nicht ausdrücklich, und auch in der französischen Strafrechtspflege [59]) wird

---

56) Henke Handbuch Th. I. S. 322. u. ff. Martin Lehrb. §. 39. Wächter Lehrb. Th. I. §. 72. Offenbar zu weit geht Tittmann, (Handbuch §. 87.) welcher sogar keine Zurechnung annimmt, wenn die Trunkenheit auch verschuldet war.

57) Oestr. G. B. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 2. c. II. §. 3. II. §. 267.

58) Der Art. 121 sagt bloß: Eine That ist aus gleichem Grunde straflos, — — — 9) wenn die That beschlossen und vollbracht worden ist in irgend einer unverschuldeten Verwirrung der Sinne oder des Verstandes, worin sich der Thäter seiner Handlung oder ihrer Strafbarkeit nicht bewußt gewesen ist.

59) S. *Mars* Corps de droit criminel T. I. p. 406. not. 1.

derselbe nicht für einen gesetzlichen Entschuldigungsgrund angesehen. 4) Der Zustand des höchsten Grades eines gerechten Affekts, wird von den meisten neuern Schriftstellern [60]) für einen Aufhebungsgrund der Zurechnung gehalten. — Das römische Recht kann aber zur Unterstützung dieser Meinung nicht benutzt werden, indem die gewöhnlich hieher bezogenen Stellen [61]) gar nicht von dem höchsten Grade des Affekts, sondern von einer Tödtung kraft einer ausdrücklichen gesetzlichen Disposition sprechen. Ein solches Racherecht, (denn darauf läuft in der Würklichkeit eine solche Vergünstigung immer hinaus,) läßt sich aber in dem heutigen gemeinen deutschen Rechte, nach der allgemeinen Bestimmung des kanonischen Rechts, [62]) welche von der ältern Praxis erweislich rezipirt ist, nicht behaupten. — Die C. C. C. [63]) bestimmt zwar, daß wenn Jemand den-

---

60) Martin Lehrb. §. 39. Feuerbach Lehrb. §. 90. (9te Aufl.) Henke Handbuch Bd. I. S. 319. Roßhirt Lehrb. §. 24. Tittmann Handbuch Bd. I. S. 169. geht gar soweit daß er, wenn durch die Gemüthsbewegung gänzliche Geistesabwesenheit bewürkt worden ist, gar nicht darauf gesehen wissen will, ob der Zorn gerecht oder ungerecht, durch den Handelnden veranlaßt war oder nicht, ob er gegen den gerichtet war, der die Gemüthsbewegung veranlaßte, oder gegen einen unschuldigen Dritten, und ob Reue der That folgte oder nicht.

61) fr. 20 — 23. fr. 24. §. 3. fr. 32. pr. D. ad Legem Jul. de adult. (XLVIII. 5.)

62) c. 18. in. f. X. V. 12. (de homic.)

63) C. C. C. Art. 142. Art. 150. Item, es sein sunst andere mer entleibung, die etwo auß unstrefflichen ursachen beschehen, so dieselben ursachen recht und ordenlich gebraucht werden, als da eyner jemandt umb unkeuscher werk willen, die er mit seinem eheweib oder tochter übet, erschlecht. — — Am Schlusse des Art. 142, wo ebenfalls von einer solchen Tödtung aber bei Gelegenheit der Nothwehr gehandelt wird, wird nun hinzu gesetzt, daß die Rechtsverständigen

jenigen erschlägt, der mit seiner Ehefrau oder Tochter Unzucht treibt, diese That als entschuldigt angesehen werden solle. Aber es ist höchst unwahrscheinlich, daß die C. C. C. hier eine gänzliche Strafloſigkeit angenommen habe. [64]) Am wenigsten darf man aber aus diesem sehr singulären Falle eine ganz abstrakte Regel ziehen, und den höchsten Grad des gerechten Affekts ganz im Allgemeinen als Aufhebungsgrund der Zurechnung ansehen wollen, obwohl eine bedeutende Milderung der Strafe sich in einem solchen Falle rechtfertigen lassen wird. Von dieser Ansicht geht auch die ältere deutsche Praxis aus. [65]) Unter den neuern Gesetzgebungen spricht die Französische [66]) sich ganz bestimmt

---

entscheiden sollten, ob die Strafe an Leib und Leben, oder aber zur Buße und Besserung erkannt werden solle, — falls etwa nicht alle zur Entschuldigung erforderlichen Umstände vorhanden wären. Auch in der Bambergensis Art. 145. heißt es: „und schlecht (der Ehemann) jn (den Ehebrecher) darob zu tod, oder auch die Ehebrecherin, die peynlich straff wirt umb seines billichen schmertzen halb übersehen.“ Sollte hier nicht bloß die peinliche Strafe, nicht aber eine bürgerliche, ausgeschlossen seyn? Diese Worte der Bamberg. sind nun freilich im Art. 120. der C. C. C. weggelassen, aber die C. C. C. bezieht sich im Art. 150. auf den Art. 121, (soll heißen Art. 120, da jener gar nicht hieher gehört,) und somit würden dieselben für die Interpretation der C. C. C. nicht unwichtig seyn.

64) Diese Annahme ist um so gefährlicher, als es durchaus nicht möglich ist zu entscheiden, wo der höchste und wo bloß ein hoher Grad des Affekts statt findet. — Jeder Zorn ist, wie schon die Griechen sagten, ein kurzer Wahnsinn. — Aber der Mensch, welcher sich ihm hingiebt hat ihn verschuldet.

65) *Carpzov.* Practica rer. crim. P. III. Qu. 147. Nr. 60. u. 61. Carpzov setzt aber hinzu daß ein so hoher Grad des Zorns, sich nur selten wird beweisen lassen, und daß diese Strafmilderung deshalb auch nur selten wird statt finden können.

66) Code pénal art. 324. Neanmonis, dans le cas d'adultère, prèvu par l'article 360, le meurtre commis par l'epoux

dahin aus, daß die Tödtung der Ehebrecherin und des Ehebrechers von Seiten des Ehemannes, wenn beide auf der That in dem Hause beider Eheleute ergriffen werden, nicht gänzlich straflos seyn, wohl aber mit einer bei weitem mildern Strafe belegt werden soll. — Im Uebrigen kömmt hier selbst der höchste Grad des Affekts, als ein Aufhebungsgrund der Zurechnung nicht in Betracht. — Die baierische, östreichische und preußische [67]) Strafgesetzgebung berühren den Fall des höchsten Grades eines gerechten Affekts nicht ausdrücklich, sie machen es dem Richter aber durch ihre Fassung dennoch möglich, hier auf völlige Freisprechung zu erkennen, sobald er in einem einzelnen Falle solcher Art annehmen will, daß der Thäter nicht mit Freiheit und Bewußtsein gehandelt habe. 5) Unbedingt befreit von der Zurechnung ist das kindische Alter, in welchem

---

sur son epouse, ainsi que sur le complice à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale est excusable. (Deshalb findet hier nach art. 326 nur 1 — 5jährige Gefängnißstrafe statt.)

67) Bairisches Strafgesetzb. Art. 121. Eine That ist aus gleichem Grunde straflos — — — 9) wenn die That beschlossen und vollbracht worden ist, in irgend einer unverschuldeten Verwirrung der Sinne oder des Verstandes, worin sich der Thäter seiner Handlung oder ihrer Strafbarkeit nicht bewußt gewesen ist. Oestreich. Gesetzb. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 2. Daher wird die Handlung oder Unterlassung nicht als Verbrechen zugerechnet — — — c) wenn die That in einer, ohne Absicht auf das Verbrechen zugezogenen vollen Berauschung, oder einer andern Sinnenverwirrung, in welcher der Thäter sich seiner Handlung nicht bewußt war, begangen worden. Preuß. Landr. §. 16. Th. II. 20. Wer frei zu handeln unvermögend ist, bei dem findet kein Verbrechen, also auch keine Strafe statt. §. 18. Alles, was das Vermögen eines Menschen, mit Freiheit und Ueberlegung zu handeln, mehrt oder mindert, das mehrt oder mindert auch den Grad der Strafbarkeit.

wenigstens in den bei weitem meisten Fällen, ein Bewußtsein von Recht und Unrecht nicht statt findet. [68]) Durch positive Bestimmungen ist dieses dann zur allgemeinen Regel erhoben, und es kömmt hier zunächst nur auf den Termin an, bis zu welchem gesetzlich das Alter entschuldigen soll. Das römische Recht sieht die Kindheit, (infantia) [69]) als einen die Zurechnung vollkommen aufhebenden Grund an, bei der Frage über die Zurechnungsfähigkeit des Unmündigen, [70]) kömmt es aber auf dessen individuelle geistige Reife an. Die C. C. C. läßt nicht nur überhaupt die Jugend als einen Entschuldigungsgrund gelten, [71]) sondern setzt in besonderer Beziehung auf den Dieb-

---

68) Es ist sehr wohl denkbar, daß faktisch ein Kind, auch schon vor dem Termin, den das positive Recht als den Anfang der Zurechnungsfähigkeit bezeichnet, ein sehr scharfes Bewußtsein von Recht und Unrecht haben, und einen sehr hohen Grad von Bosheit, List und Verschlagenheit zeigen kann.

69) fr. 12. D. ad. Leg. Cornel. de sic. (XLVIII. 8.) *Infans* vel furiosus, si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur, *cum alterum innocentia consilii*, alterum fati infelicitas excusat. fr. 23. D. de furtis (XLVII. 2.) Vergl. über diese ganze Materie Wächter Lehrb. Th. I. §. 71. Note 36 u. 37. Die infantia erstreckt sich bekanntlich bis zum siebenten Jahre. fr. 1. §. 2. D. de administ. et peric. tut. (XXVI. 7.) c. 18. C. de jure delib. (VI. 30.)

70) Hier soll darauf gesehen werden ob der impubes, doli mali capax sey, und ob er rei intellectum habe. fr. 23. D. de furtis. (XLVII. 2.) fr. 2. §. 19. D. de vi bonor. raptor. (XLVII. 8.) fr. 14. de SCto Silan. (XXIX. 5.) Auch soll dabei darauf gesehen werden ob er pubertati proximus sey. §. 18. J. de obl. et actionib. (IV. 1.) fr. 4, §. 26. D. de doli mali except. (XLIV. 4.) fr. 111. D. de Reg. Jur. (L. 17.) S. Schröter Handbuch Bd. I. S. 150.

71) Art. 179. Item wirt von jemandt der Jugent oder ander gebrechlicheit halber wissentlich seiner synn nit hett, eyn übelthatt

stahl noch fest, daß junge Diebe unter vierzehn Jahren, [72]) nicht ohne sonderliche Ursache und nur wenn die Bosheit das Alter erfüllt am Leben gestraft werden sollen. Die spätere gemeinrechtliche Praxis hat hieraus eine allgemeine Regel gebildet, und läßt bei Kindern bis zum vierzehnten Jahre nur eine Züchtiguug, nie eine eigentliche Criminalstrafe eintreten. [73]) Hieran schließt sich das preußische Landrecht; [74]) das französische Recht [75]) setzt dagegen fest, daß bei Verbrechern unter sechszehn Jahren besonders entschieden werden soll, ob sie mit oder ohne Unterscheidung (discernement) gehandelt haben. Im ersten Falle werden sie gelinder bestraft, im letztern freigesprochen, können jedoch, wenn das Urtheil es so festsetzt eine Anzahl von Jahren hindurch, in einem Besserungshause aufbewahrt und erzogen werden. Das bairische Strafgesetzbuch [76]) überläßt Kinder, welche vor zurückgelegten achten Jahre ein Verbrechen begehen, der häuslichen Züchtigung ihrer Vorgesetzten, jedoch mit Vorbehalt der Aufsicht und Mitwürkung der Obrigkeit; Verbrecher unter sechszehn Jahren werden bloß mit einer mildern Strafe belegt. Das östreichische Gesetzbuch über Verbrechen u. s. w. [77])

---

begangen, das soll mit allen umstenden, an die orten und enden, wie angezeygt, gelangen, und nach radt — — — der verstendigen darinn gehandelt oder gestrafft werden. —

72) Art. 164.

73) Tittmann Handbuch Bd. I. §. 122.

74) §. 17. Th. II. 20. Unmündige und schwachsinnige Personen können zwar zur Verhütung fernerer Vergehungen gezüchtiget; niemals aber nach der Strenge der Gesetze bestraft werden.

75) Code pènal art. 66. u. 67.

76) Art. 98. u. 99.

77) Th. II. Tit. 4.

verlängert den Termin bis zu welchem keine Zurechnung eintreten kann, bei Polizeiübertretungen bis zum zurückgelegten zehnten Jahre, bei Verbrechen (Th. I. §. 2. d.) bis zum vierzehnten Jahre. 6) Gewöhnlich wird auch das hohe Greisenalter von den heutigen Schriftstellern als Aufhebungsgrund der Zurechnung angeführt, indem man sich dabei auf einige ganz unbestimmte Aeußerungen des römischen Rechts und der C. C. C.[78]) bezieht. An sich kann dieser Zustand aber niemals diese rechtliche Würkung haben, und es tritt dieselbe nur da ein, wo außerdem ein unfreier Geisteszustand erwiesen ist.

§. 25.

4) Von der Aufhebung der Zurechnung wegen eines physischen Zwanges.

Der absolute äußere Zwang hebt die Zurechnung völlig auf, indem hier wie natürlich zwar nicht die innere Willensfreiheit, aber die äußere Möglichkeit, daß sie in Thätigkeit übergehen kann, aufgehoben ist. Dieser rein mechanische Zwang wird meistentheils alsdann ein Aufhebungsgrund der Zurechnung seyn, wenn der Gezwungene dadurch an einer Handlung, die er thun sollte, verhindert ist. Wurde er dagegen zu einer verbotenen Handlung gezwungen, so ist gewöhnlich nicht ein rein mechanischer Zwang, sondern eine Drohung vorhanden. Streng genommen kann diese nun die Freiheit des Willens nicht aufheben, und der Bedrängte kann selbst den Tod wählen, statt die von ihm

---

78) fr. 3. §. 7. D. ad SCtum Silan. (XXIX. 5.) Ignoscitur etiam his, qui *aetate defecti* sunt. C. C. C. art. 179. — jemandt, der jugent oder ander gebrechlicheyt halben, wissentlich seiner sinn nit hett. — Daß neuere Gesetzgebungen das hohe Greisenalter mit gewissen Strafarten verschonen, beruht wie natürlich auf einem ganz andern als dem oben erwähnten Grunde.

begehrte rechtswidrige Handlung zu begehen. Aber unser positives Recht [1]) verlangt diese heroische Freiheit in gewöhnlichen bürgerlichen Verhältnissen [2]) nicht, und nimmt, aus Rücksicht auf die menschliche Schwachheit, in einem solchen Falle an, daß keine Zurechnung statt finde, sobald ein großes Uebel gedroht wurde, welches schnell zugefügt und mit eigner oder obrigkeitlicher Hülfe nicht abgewendet

---

1) Das römische Recht spricht von den Drohungen, zunächst nur in Beziehung auf die Gültigkeit der dadurch erzwungenen Verträge. c. 13. C. de transactionibus (II. 4.) Sed talem metum probari oportet, qui salutis periculum, vel corporis cruciatum contineat. Vergl. auch Wächter Lehrb. Th. I. §. 68. Analogisch können die desfallsigen Bestimmungen aber auch auf den in Rede stehenden Fall bezogen werden. Das preußische Landrecht sagt: §. 19. Th. II. Tit. 20. Furcht vor Drohungen, deren Gefahr mit Hülfe des Staats oder sonst abgewendet werden konnte, rechtfertigt den Verbrecher nicht. §. 20. Ebendas. In wiefern der Bedrohete die Furcht zu überwinden, und die Gefahr selbst abzuwenden vermögend gewesen sey, muß nach Lage der Umstände, besonders aber nach seiner Gemüths- und Leibesbeschaffenheit beurtheilt werden. §. 21. Furcht vor einem bloßen Schaden am Vermögen, oder vor Uebeln, die in der Folge gehoben werden können, entschuldigt nicht die vorsätzliche Zufügung eines unersetzlichen Schadens. Oestreich. Gesetzb. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 2. Daher wird die Handlung oder Unterlassung nicht als Verbrechen zugerechnet, — — e) wenn die That durch unwiderstehlichen Zwang erfolgt. Baierisches Strafgesetzb. Art. 121. Eine That ist aus gleichem Grunde straflos — — — 7) wenn Jemand durch unwiderstehliche körperliche Gewalt oder 8) durch Drohungen, welche mit einer gegenwärtigen und unabwendbaren Gefahr für das Leben verbunden waren, zu einer sonst sträflichen Handlung genöthigt worden ist. — Code pénal art. 64. Il n'y a ni crime ni delit lorsque le prevenu, — — — a été contraint par une force à laquelle il n'a pu resister.

2) Nur in militairischen Verhältnissen wird meistentheils die Furcht vor dem Tode, die Nichtbefolgung oder das Zuwiderhandeln gegen einen Befehl nicht entschuldigen.

werden konnte. Die nähern Bestimmungen müssen hier wohl dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. Endlich gehört lediglich in diese Kategorie des Zwanges, der Fall, wo Jemand von Hunger überwältigt Eßwaaren stiehlt, um sein Leben zu erhalten. Die Freiheit des Willens ist auch hier nicht aufgehoben, da ohne Zweifel der Mensch den Hungertod dem Diebstahl vorziehen kann, wenn er will. Aber in der Bestimmung der C. C. C. [3]) liegt ein positiver Grund für die Straflosigkeit jenes Diebstahls, dessen Strafe in einem solchen Falle hart und grausam seyn würde. Zuweit und auf ganz heterogene Fälle darf freilich dieser Grund der Zurechnungslosigkeit nicht ausgedehnt werden, und es wird namentlich die Straflosigkeit des Diebstahls nicht angenommen werden können, wenn es dem Hungernden möglich war sich durch Arbeit Brod zu verschaffen, oder wenn derselbe durch den Diebstahl nicht bloß dem nächsten drückendsten Bedürfniß abhelfen, sondern sich auch für die Zukunft sicher stellen wollte. [4])

---

3) C. C. C. Art. 166. Item so jemandt durch recht hungers not, die er, sein weib oder kinder leiden, etwas von essenden dingen zu stelen geursacht würde, wo denn derselb diebstall tapffer groß und kündtlich wer, sollen abermals richter und urtheyler, (als obsteht) radts pflegen. Ob aber der selbigen dieb eyner unsträfflich entlassen wird, soll jm doch der kläger umb die klag deshalb gethan nichts schuldig seyn. Vergl. Wächter Lehrbuch Th. I. S. 95.

4) In den neuern Gesetzgebungen ist dieser Fall durch die allgemeinen Dispositionen vorgesehen. §. 16. Preuß. Landr. Th. II. Tit. 20. Code pènal art. 64. Oestreich. Gesetzb. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 2. Bairisches Strafgesetzbuch. Art. 121. Num. 9.

§. 26.

III. Von der Verschiedenheit des widerrechtlichen Willens.

1) Von den Eintheilungen des widerrechtlichen Willens überhaupt.

Grolman, Ueber die Begriffe von Dolus und Culpa (in dessen Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft. Th. I. Stck 1. Num. 1. und Th. I. Stck 3. Num. 2.

Dessen Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 45. u. ff.

Klein, Ueber den Unterschied zwischen dolus und culpa. Im alten Arch. des Cr. R. Bd. I. Stck 2. S. 56. u. ff. Bd. II. Stck 1. S. 179. Bd. III. Stck 1. S. 119.

Derselbe Ueber das Verschulden überhaupt, und über bösen Vorsatz und bloße Schuldhaftigkeit (culpa) insbesondere. (In dessen Nachträgen zur 6ten Aufl. von Quistorps Grundsätzen des peinl. Rechts. Bd. I. S. 434. u. ff.)

Feuerbach, Betrachtungen über Dolus und culpa überhaupt und den Dolus indirectus insbesondere. (In der Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft. Bd. II. Stck 1. Num. 5.)

Dessen Revision Th. I. Kap. 6.

Dessen Lehrbuch (9te Aufl.) §. 54.

Gönner, Revision des Begriffs und der Eintheilungen des Dolus. Landshut 1810.

Oersted, Grundregeln der Strafgesetzgebung §. 35. ff.

Mittermaier, Ueber den Begriff und die Merkmale des bösen Vorsatzes. (Im Neuen Archiv des Cr. R. Bd. II. Stck 4. Num. 28.)

v. Zeiller, Ueber den bösen Vorsatz, nach östreich. Gesetzbuche über Verbrechen. (In Pratobevera Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreich. Staaten. Bd. VIII. Wien 1824. Num. 5.

Roßhirt, Einige Bemerkungen zur Lehre vom dolus. (Im Neuen Archiv. Bd. VIII. Stck 3. Num. 13.)

Böhmer, Handbuch der Litteratur des Cr. R. §. 100.

Der rechtswidrige Wille, welcher überhaupt die Quelle aller und jeder Verbrechen ist, tritt in sehr vielfachen Gestalten hervor, und die Klassifikation dieser verschiedenen Formen desselben ist, insofern darauf verschiedene Stufen der Strafbarkeit gegründet werden sollen, nichts weniger als gleichgültig. [1]) Aus dem römischen Rechte, als Bezeichnungen der Hauptarten des bösen Willens, sind die beiden Kunstwörter dolus und culpa in unsre heutige Theorie übergegangen; aber die Römer, welche eben so wenig wie Schwarzenberg, die Lehre vom bösen Willen im Strafrechte abstrakt und streng systematisch behandelten, sind sehr weit davon entfernt gewesen, nur diese zwei Formen der Willensbestimmung, und deshalb nur zwei darauf gegründete, scharf abgegränzte Stufen der Strafbarkeit anzunehmen. [2]) — Heutzutage ist diese Ansicht aber sehr weit verbreitet, man übersieht es gewöhnlich, daß bei der verbrecherischen Willenbestimmung, der böse Vorsatz im eminenten Sinne und die, dem Zufalle sich nähernde, bloße Unvorsichtigkeit nur die beiden Endpunkte sind, daß zwischen diesen der böse Wille in unendlich vielen Abstufungen hervortritt, und daß diese nicht streng mathematisch gesondert und einander der-

---

1) Nur wenn auf die Klassifikation der verschiedenen Arten der widerrechtlichen Willensbestimmung auch ein Unterschied der Strafe gegründet werden soll, hat dieselbe einen würklichen Werth und Einfluß auf das lebendige Recht.

2) fr. 13. D. de poenis (XLVIII. 19.) Hodie licet ei, qui extra ordinem cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel leviorem, vel graviorem, ita tamen ut in utroque modo rationem non excedat. fr. 11. princ. ibid. Perspiciendum est judicanti, ne quid aut durius aut remissius statuat, quam causa deposcit. Nec enim aut severitatis aut clementiae gloria affectanda est, sed perpenso judicio, prout quaeque res expostulat statuendum est. — — —

gestalt entgegengesetzt werden können, als wenn sie gar nicht an einander gränzten und nicht oft im würklichen Leben in einander übergingen. [3]) Auch darf bei der Darstellung dieser Lehre nicht die überall festzuhaltende Rücksicht auf das würkliche Leben vergessen, und indem die ganze Lehre rein in das Gebiet des Abstrakten gezogen wird, übersehen werden, daß der verbrecherische Wille, je nach der Individualität des Verbrechens selbst, anders hervortritt, daß nicht alle jene Abstufungen sich an einem und demselben Verbrechen manifestiren können, daß namentlich die culpa durchaus nicht bei allen Verbrechen möglich ist, [4]) und daß umgekehrt manche andre, in der Würklichkeit nur aus fahrlässiger Unbesonnenheit begangen werden können. [5]) Endlich wird in andern Fällen auf die Verschiedenheit der Willensbestimmung, kraft besonderer gesetzlicher Dispositionen und aus politischen Gründen gar keine Rücksicht genommen. [6])

§. 27.

2) Vom bösen Vorsatz.

Die strafbarste Art des widerrechtlichen Willens ist der böse Vorsatz. Er besteht darin, daß der Handelnde

---

3) S. Neues Archiv des Cr. R. Bd. VIII. Stck 2. S. 350. Henke Handbuch Th. I. S. 345.

4) Ein kulposer Diebstahl ist eben so unmöglich, wie eine kulpose Injurie oder eine kulpose Nothzucht.

5) Dahin gehören viele Polizeiübertretungen, die in andre Verbrechen übergehen würden, wenn eine eigentliche Absicht des Handelnden dabei vorhanden wäre; z. B. schnelles Fahren und Reiten, Feuerverwahrlosung und dergl.

6) Bei Steuerkontraventionen u. dergl. ist es in der Regel gleichgültig, ob der Uebertreter des Gesetzes bloß nicht an das Gesetz dachte, oder es durch seine Schuld nicht kannte, oder sich einen unerlaubten Gewinn verschaffen wollte.

bei seiner Handlung grade das will, was das eigentlich Rechtswidrige und durch die strafrechtliche Norm Verpönte an derselben ist. [1]) Gewöhnlich ist dieses der schädliche Effekt, aber die Definition, daß der dolus der auf den schädlichen Effekt gerichtete Vorsatz sey, welche zunächst von der Tödtung hergenommen ist, paßt nicht auf alle Fälle, indem manche Verbrechen gar keinen besondern von der Handlung selbst verschiedenen Effekt haben, oder wenigstens der Handelnde über den etwanigen Effekt gar nicht reflektirte. [2]) Gleichgültig ist es dabei, ob der Verbrecher die Handlung um ihrer selbst oder um eines andern Zweckes willen unternahm. Derjenige, welcher z. B. ein Frauenzimmer wollüstig betastet, will zunächst nicht beleidigen, sondern die in seiner Handlung nothwendig liegende Beleidigung ist nur das Mittel seine Lust zu befriedigen, nichts

---

1) Beim Morde ist dieses die Tödtung eines Menschen. Bei der Brandstiftung ist das Stiften der Feuersbrunst das eigentlich Rechtswidrige und Verpönte. Der, welcher im Stalle Tabak raucht und durch das unvorsichtige Hinwerfen des brennenden Schwammes die Feuersbrunst verursacht, und der welcher diesen Schwamm aus Rache gegen den Eigenthümer des Stalles hinwirft, begehen äußerlich dieselbe Handlung. Der Eine will aber das Rechtswidrige und durch das Gesetz Verpönte, der Andre nicht, obgleich er in Beziehung auf das Tabakrauchen und Hinwerfen des Schwammes auch mit Willen handelte.

2) Der Ehebruch, die Nothzucht, die Sodomie können sehr traurige Würkungen hervorbringen, aber diese wollte der Verbrecher in der Regel nicht herbeiführen; er wollte nur seine Lust befriedigen. Streng genommen kann hier von einer, auf einen besondern rechtswidrigen Effekt des verbrecherischen Faktums gerichteten Absicht gar nicht die Rede seyn. Auch bei Injurien findet meistentheils keine Reflexion über den besondern Effekt der beleidigenden Handlung statt, sondern der Injuriant will zunächst nur seinem gereitzten Gefühle Luft machen.

desto weniger findet aber bei ihm böser Vorsatz statt. Eben so ist unbezweifelt der volle und wahre rechtswidrige Vorsatz vorhanden, wenn Jemand eine Handlung die einen bestimmten rechtswidrigen Effekt nothwendig haben muß, mit dem Bewußtsein dieser Nothwendigkeit, wenn gleich nicht um dieses, sondern um eines andern Effekts willen unternimmt. — Der Räuber welcher ein Haus anzündet um die Spuren seiner That zu vernichten, dabei aber weiß, daß ein Kranker der unfähig ist sich zu bewegen, sich in demselben befindet, und sich der Nothwendigkeit daß dieser verbrennen muß, bewußt wird, ist in Beziehung auf die würklich erfolgte Tödtung des Kranken, ein vollkommen vorsätzlicher Mörder, wenn gleich seine Hauptabsicht gar nicht auf diese Tödtung gerichtet war, [3]) oder dieselbe ihm vielleicht gar Leid thut. Auch die Motive des Handelnden sind in Beziehung auf das Daseyn des dolus, in der Regel gleichgültig, und es ist nicht richtig, wenn grade die Absicht zu schaden, (voluntas nocendi) als nothwendiges Merkmal des dolus gefordert wird; es schließt mithin den bösen Vorsatz nicht aus, wenn auch ein Mord aus falscher Liebe und Empfindsamkeit, etwa um den ermordeten Gegenstand vor Verführung zu sichern, begangen worden ist. [4]) Was endlich das Verhältniß zwischen dem

---

3) Man kann hier nicht einmal von einem dolus indeterminatus im Sinne der Neuern sprechen, vielmehr geht die Absicht kumulativ auf Brandstiftung und Mord.

4) Die Praxis und neuere Gesetze lassen mit Recht in dem Falle, wo Jemand das Leiden eines schwer Verwundeten auf dem Schlachtfelde abkürzte, eine bedeutend mildere Strafe statt finden. — Der Grund dieser Milderung liegt lediglich in den außerordentlichen Umständen der That; die Willensbestimmung des Handelnden rein für sich betrachtet, ist in diesem Falle wahrer dolus. Rein positiv ist

dolus und der Zurechnungsfähigkeit überhaupt betrifft, so ist diese letztere der Zustand der Willensfreiheit und des Vorhandenseins eines bösen oder rechtswidrigen Willens überhaupt, der dolus ist eine bestimmte Gestalt des letztern. Es ist daher nicht richtig, wenn man außer der Abwesenheit solcher Zustände, welche die Zurechnungsfähigkeit aufheben, zum Dasein des dolus noch besondere Requisite desselben als Vorbedingungen fordert; es ist namentlich nicht richtig, [5]) wenn man zum Vorhandensein des dolus auch fordert, daß der Thäter in dem Augenblicke der That an das Strafgesetz, oder gar an das Strafquantum gedacht habe, als bei welcher Annahme es nur in sehr seltenen Ausnahmsfällen doloſe Verbrechen geben würde; vielmehr gehört auch zum Dasein des Dolus nur diejenige Rechtskenntniß, welche überhaupt zum Dasein der Imputabilität erforderlich ist. [6]) Nur wenn einer von den Fällen vorhanden ist, wo überhaupt wegen Rechtsunwissenheit gar keine Zurechnung statt finden kann, fällt auch der dolus

---

§. 833. Th. II. Tit. 20. des preuß. Landrechts, wonach wer, eine solche Tödtung unternimmt, als fahrlässiger Todschläger gestraft werden soll.

5) Vergl. Mittermaier, im Neuen Arch. Bd. II. Stck 4. S. 523; in diesem Aufsatze finden sich die wahren Bedingungen des dolus von den Eigenschaften, welche man ihm häufig aber fälschlich beizulegen pflegt, auf eine sehr praktische und für die Rechtsanwendung brauchbare Weise getrennt.

6) Bei den Verbrechen welche nicht schon an sich unsittliche sondern solche Handlungen enthalten, welche bloß durch das positive Recht verpönt sind, würde allerdings, streng genommen, zum Vorhansein des dolus auch die Kenntniß vom Dasein des Gesetzes gehören. Aber die verschuldete Rechtsunwissenheit wird hier kraft ausdrücklicher Disposition der Gesetze, meistentheils dem dolus gleich gestellt. S. oben §. 26. Note 6.

von selbst weg. Schließlich muß es aber noch besonders hervorgehoben werden, daß sich fast bei jedem Verbrechen der dolus in einer andern Gestalt zeigt, indem er fast in jedem Falle mit andern Leidenschaften und andern Seiten des menschlichen Gemüths zusammenhängt. [7]) Auch ist bei jedem Verbrechen, nach der Natur und Individualität desselben, das Verhältniß des dolus zu den minder strafbaren Arten der Willensbestimmung, wo dergleichen überhaupt möglich sind, ein anderes, und auch deshalb ist eine ganz abstrakte, ohne Rücksicht auf die konkreten Verbrechen durchgeführte Eintheilung des dolus, [8]) der klaren und be-

---

7) S. Roßhirt im Neuen Archiv. Bd. VIII. Stck 3. S. 383.

8) v. Weber, Ueber die verschiedenen Arten des dolus Bd. VII. Stck 4. S. 549. Die Römer unterschieden zwischen einem dolus malus und dolus bonus, welcher mit solertia gleichbedeutend ist. fr. 1. §. 3. D. de dolo malo (VI. 3.) vergl. auch fr. 16. §. 4. D. de minoribus. (IV. 4.) Außer den im folg. §. zu nennenden Eintheilungen des dolus ist hier noch zu nennen die Unterscheidung eines dolus antecedens (s. ex proposito) und dolus consequens, (s. ex re). (v. Weber a. a. O. S. 564.) Ein dolus antecedens soll vorhanden seyn, wenn eine Handlung gleich in der Absicht, dadurch ein Verbrechen zu verüben, vorgenommen worden ist, der letztere wenn der Entschluß gefaßt worden, einer aus irgend einer Absicht schon angefangenen Handlung erst einen verbrecherischen Ausschlag zu geben. Wo diese Eintheilung nicht mit der Unterscheidung zwischen einem dolus praemeditatus und repentinus, (Vorbedacht und übereiltem Entschlusse) zusammenfällt, dürfte sie wohl ohne Beziehung auf die Grade der Strafbarkeit seyn. — Uebrigens versteht man auch unter dolus ex re den bösen Vorsatz, der, abgesehen von dem Geständnisse, aus der That erwiesen werden kann. v. Weber a. a. O. S. 565. theilt ferner den dolus ein, in einen allgemeinen und besondern. Der allgemeine dolus ist, nach dieser Eintheilung vorhanden, „wenn der verbrecherische Entschluß mehrere auf einen Haupterfolg hinwirkende Handlungen, oder mehrere Mittel oder Abschnitte des Handelns umfaßt, durch welche das beabsichtigte

stimmten Auffassung der im Leben vorkommenden Fälle eher hinderlich als förderlich.

Den hier geschilderten bösen Vorsatz bezeichnen die Römer durch die Ausdrücke dolus auch dolus malus, [9]) animus violandi oder voluntas nocendi, [10]) durch sciens prudensque, sciens dolo malo aliquid committere, [11])

Eine Verbrechen zu Stande kommt. Der besondere Dolus ist hingegen vorhanden, wenn der verbrecherische Entschluß auf Hervorbringung des Einen Verbrechens mittelst Einer Handlung gerichtet ist." Um diesen Unterschied zu rechtfertigen beruft sich der angef. Schriftsteller (a. a. O. S. 577.) auf einen Fall, „wo Jemand der den Andern zu tödten unternommen und ihn dann in dem irrigen Glauben, daß er ihn würklich schon getödtet habe, bloß um die That zu verbergen ins Wasser wirft, es sich aber nachher findet, daß der Verletzte erst im Wasser seinen Tod gefunden, darum nur des Versuchs einer vorsätzlichen Tödtung in Verbindung mit einer kulposen Tödtung schuldig erkannt würde." — Eine solche Entscheidung würde allerdings als spitzfindig und materiell ungerecht, den gemeinen Menschenverstand und das gesunde Gerechtigkeitsgefühl gegen sich haben, und es ist vollkommen richtig wenn man hier die, sämmtlichen verbrecherischen Handlungen zum Grunde liegende, auf den Mord sich beziehende dolose Willensbestimmung und den würklich eingetretenen Tod des Ermordeten, als zum vollen Thatbestande des Mordes hinreichend ansieht. Nur in systematischer Beziehung kann die Frage entstehen, ob es besser sey, die hieher gehörenden Fälle, welche doch nur bei der Tödtung zur Sprache kommen können, in dieser Lehre auszuzeichnen, d. h. sie im allgemeinen Theile in abstracto abzuhandeln, und um dieser einzelnen Fälle willen, — (welche hervorgehoben zu haben, übrigens ein großes Verdienst des angeführten Schriftstellers ist,) — eine neue Eintheilung in die Lehre vom dolus zu bringen, welche ohne dies schon an zu vielen und zu abstrakten Eintheilungen leidet.

9) fr. 1. §. 2. u. 3. D. de dolo malo (IV. 3.)

10) fr. 3. §. 1. D. de sepulc. viol. (XLVII. 12.) c. 1. C. ad leg. Cornel. de sic. (IX. 16.)

11) fr. 9. §. 3. D. ad leg. Cornel. de falsis (XLVIII. 9.) fr. 9. D. de Incend. (XLVII. 9.)

durch nequitia, [12]) und data opera delinquere. [13]) Das kanonische Recht gebraucht die Benennungen: malum studium, [14]) voluntas propria, [15]) animus laedendi, [16]) und die C. C. C. bezeichnet den dolus durch die Beiwörter: boshaftig, gefährlich und boshaftiglich, fürsetzlich und williger Weise, arglistig, gefließen gefährlich, freventlich, wissentlich und dergl.; die allgemeinste Benennung, welche sie gebraucht, ist: böser Wille. [17]) Während aber die genannten Rechssysteme diese Ausdrücke nur gelegentlich gebrauchen und indem sie von einzelnen Verbrechen oder bestimmten Vorfällen sprechen, stellen die neuern Gesetzbücher abstrakte und allgemeine Definitionen auf. Wer absichtlich, sagt das preußische Landrecht, [18]) etwas thut oder unterläßt, wodurch Jemand gegen die Vorschrift eines Strafgesetzes beleidigt wird, der begeht ein vorsätzliches Verbrechen. [19]) Mit rechtswidrigem Vorsatze, sagt das bairische

---

12) fr. 23. §. 2. D. de aedilitio edicto. (XXI. 1.)

13) fr. 12. §. 1. D. de incendio. (XLVII. 9.) Vergl. über die verschiedenen Bedeutungeu in welchen vom dolus im römischen Rechte die Rede ist, Mittermaier im Neuen Arch. Bd. II. Stck 4. S. 516.

14) c. 32. C. XXIII. qu. 8.

15) c. 10. C. XV. Qu. 1. Die voluntas propria wird hier der culpa entgegengesetzt.

16) c. 22. X. V. 12. (de homic. volunt. et casual.)

17) Art. 178. 177. 159. 148. 137. 133. u. A. m. Mittermaier im Neuen Arch. Bd. II. Stck 4. S. 517. bemerkt richtig daß die C. C. C. mit dem Worte: boshaftig, keineswegs eine besondere Art des dolus habe bezeichnen wollen.

18) §. 26. Th. II. 20.

19) S. hierüber des Verfassers Beiträge zur preußischen Str. G. Geb. in Hitzig's Zeitschrift. Heft 5. S. 146.

Strafgesetzbuch, [20]) wird ein Verbrechen begangen, wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstandenen Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser ihrer Handlung vorgesetzt hat, und sich dabei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dieses Entschlusses bewußt gewesen ist. [21]) Das östreichische Gesetzbuch über Verbrechen ꝛc. [22]) sagt: „Böser Vorsatz fällt nicht nur dann zur Schuld, wenn vor, oder bei der Unternehmung oder Unterlassung, das Uebel, welches mit dem Verbrechen verbunden ist, gradezu bedacht und beschlossen; sondern auch, wenn aus einer andern bösen Absicht etwas unternommen, oder unterlassen worden, woraus das Uebel, welches dadurch entstanden ist, gemeiniglich erfolget, oder doch leicht erfolgen kann." Das französische Strafrecht stellt dagegen keine abstrakte Definition des dolus auf, sondern spricht bei Gelegenheit der einzelnen Verbrechen von der Verschiedenheit der verbrecherischen Willensbestimmung und ihrem Einflusse auf die Strafe.

§. 28.

3) Ueber die Mittelstufen zwischen dem bösen Vorsatze und der Fahrlässigkeit.

Bei manchen Verbrechen giebt es zwischen dem oben

---

20) Art. 39.

21) Es soll dabei (Ebendas.) weder die Meinung: was unter bürgerlicher Strafe verboten ist, sey nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen, noch der Irrthum oder die Unwissenheit bloß über Art und Größe der Strafe, noch die Beschaffenheit des Endzweckes oder Beweggrundes, um dessentwillen der Entschluß zum Verbrechen gefaßt worden, den rechtswidrigen Vorsatz ausschließen. — Dagegen hebt nach Art. 121. Num. 6. schuldlose unüberwindliche Rechtsunwissenheit in Bezug auf die Strafbarkeit der Handlung überhaupt, die Zurechnung auf. Vergl. jedoch Art. 71.

22) Th. I. §. 1.

geschilderten, in der Seele des Verbrechers klar ausgebildeten bösen Vorsatz und der bloßen Fahrlässigkeit, (aus Muthwillen, Unvorsichtigkeit, Uebereilung und dergl.) mehrere Mittelzustände, welche die Strafbarkeit der ganzen Handlung bedingen. — Aber es ist ein großer Fehler in der Methode, — die ja so häufig auch auf die Prinzipien selbst Einfluß hat, — wenn man diese Zustände, welche sich doch nur bei sehr wenigen Verbrechen vorfinden, als etwas Abstraktes, ohne Rücksicht auf die Würklichkeit, behandeln will. Dadurch geht eines Theils die Klarheit und Bestimmtheit der Vorstellung von diesen Arten der Willensbestimmung verloren, andern Theils erschweren jene ganz allgemein aufgestellten Abstraktionen, wenn sie praktisch durchgeführt werden sollen, die Anwendung. Ausführlicher wird daher von dem dolus indirectus den die ältern, und dem dolus indeterminatus, und eventualis, so wie von der culpa dolo determinata, welche die neuern Strafrechtslehrer annehmen, erst bei der Lehre von der Tödtung gehandelt werden, wo diese ganze Materie praktisch wird, und nur der Vollständigkeit halber mögen hier folgende Bemerkungen statt finden. Zwischen der prämeditirten Tödtung aus bösem Vorsatze, und der bloß muthwilligen Unvorsichtigkeit, die den Tod des Andern veranlaßt, [1]) liegen vier Fälle in der Mitte. Der erste derselben ist der, wo Jemand, in der feindlichen Absicht einen Andern zu beschädigen, aber ohne einen klar gedachten Zweck und ohne eine verständige Berechnung und Auswahl der Mittel für denselben, bloß aus dem allgemeinen, instinktartigen, dunkeln

---

1) Ein solcher Fall ist z. B. immer noch vorhanden, wo Jemand aus Muthwillen mit Steinen über eine Mauer wirft, und selbst die Möglichkeit einsieht, daß er einen Andern tödten könne, vielleicht auch sogar gewarnt ist.

Streben den Andern zu vernichten, Handlungen gegen diesen unternimmt, woraus gewöhnlich der Tod zu erfolgen pflegt und ihn dadurch würklich tödtet. Dieses ist die Gemüthsstimmung des Zornigen, welche sehr verschieden ist von der des sich seines Zweckes klar bewußten, eigentlich vorsätzlichen Mörders, selbst wenn diesen eine Leidenschaft treibt. Von diesem Falle ist wieder der andre verschieden, wo Jemand zwar aus feindlicher Absicht eine solche in der Regel tödtliche Handlung unternimmt, dabei aber nicht jenes unbestimmte Streben zur Vernichtung des Andern, sondern den ganz bestimmten Vorsatz hat, nicht den Tod sondern bloß eine andre Verletzung des Gemißhandelten zu bewürken, oder diesem bloß einen Schlag zu versetzen. Wider den Willen des Schlagenden tritt aber der Tod des Andern ein. — Daß hier eine andre Art der verbrecherischen Willensbestimmung statt findet als im erstgenannten Falle, leuchtet von selbst ein. Aber in der Anwendung ergiebt sich die Schwierigkeit, daß, wenn die Handlung des Verbrechers würklich von der Art war, daß der Tod dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nach daraus erfolgen mußte, der Vorsatz des Schlagenden, oder richtiger jene allgemeine dolose Stimmung die wir beim ersten Falle schilderten, präsumirt wird, und daß mithin der Beweis der Abwesenheit jener Stimmung, von dem Schlagenden wird geliefert werden müssen, welches für diesen in den meisten Fällen sehr schwierig seyn möchte. Und in der That dürfte sich dieser Fall auch nur sehr selten ereignen, da derjenige, welcher würklich den Tod des Andern vermeiden will, nicht solche Mittel wählt, woraus der Tod nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge erfolgen muß. Die dritte Art der verbrecherischen Willensbestimmung ist in der Regel vorhanden beim Duell, wo der welcher die tödtliche Handlung

gegen den Andern unternimmt, wenigstens in den meisten Fällen, [2]) nicht ausschließlich den Tod, auch nicht ausschließlich eine Verwundung will, sondern unbestimmt beide Verletzungen, gleichviel welche, beabsichtigt, oder vielmehr beide voraussieht und in beide eventualiter einwilligt. Der vierte Fall ist endlich folgender: Es schlägt oder verwundet Jemand den Andern, aber auf eine Weise, daß der Tod dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nach daraus nicht erfolgen konnte, der Tod trat aber dennoch durch ein unglückliches Ungefähr ein. Diese Fälle sind in der Natur der Sache gegründet, und ihre innere Verschiedenheit ist eben so evident, als ihr Einfluß auf die Strafbarkeit. — Zur Bezeichnung derselben hat aber die Theorie allgemeine, sich auf alle Arten von Verbrechen beziehende Benennungen gewählt, und dabei häufig vergessen, daß diese Verschiedenheit des verbrecherischen Willens nur bei der Tödtung möglich ist. [3]) Carpzov, welcher sich an die ältern italiänischen Criminalisten anschließt, [4]) umfaßt den ersten, (und auch wohl den dritten) der genannten Fälle unter der Benennung des dolus indirectus, von welchem er, der Natur der Sache gemäß,

---

2) Freilich können Duelle auch in der Weise vollzogen werden, daß die bestimmte Absicht der Kämpfenden einander zu tödten klar ist; und umgekehrt, es können Veranstaltungen bei dem Duelle getroffen werden, welche die Wahrscheinlichkeit in dem Maaße ausschließen, daß der Tod, wenn er würklich eintritt, nur als ein Unglück angesehen werden kann, welches durchaus nicht in der Absicht des Thäters lag.

3) Die C. C. C. spricht art. 137. noch ganz konkret, von einem Todtschlag, „auß gecheyt und zorn gethan."

4) Er beruft sich in seiner Pract. rer. crim. P. I. Qu. I. Nr. 31. in Beziehung auf den Unterschied zwischen einer voluntas directa und indirecta bereits auf den heil. Thomas v. Aquin.

bei der Tödtung handelt. [5]) Diesen Begriff hat die neuere Theorie heftig bestritten, [6]) aber es sind, da jene Mittelstufen

---

5) Den vierten Fall nimmt er selbst von dem dolus indirectus aus. a. a. O. Nr. 62. Quae tamen sententia, (daß der dolus indirectus bei einem Todtschlage wie der dolus directus zu bestrafen sey,) patitur limitationem — — — — — veluti, si quis, nolens occidere, percutiat alium tali instrumento, vel tali modo, quo quis perraro interficitur, et tamen mors contingat, ut si quis alium ictu lapidis, vel alapa occidat. Cum enim, ut supra dictum, homicida propterea dicatur in dolo versari, quod percutit gladio vel alio instrumento, quo communiter et necessario quis interficitur, sequitur ex inde, quod percutiens tali modo, quo rarissime mors contingit, dolose non occidat, adeoque istud homicidium magis culposum, quam dolosum habeatur, ita ut solum poena extraordinaria locum obtineat. — Auch läßt Carpzov, was gewöhnlich übersehen wird, die ordentliche Strafe nicht eintreten, wenn aus der dolosen und lebensgefährlichen Handlung des Verwundens, nur zufällig, nicht als nothwendige Folge der Tod eintrat. a. a. O. Nr. 63 u. 64. Wenn man nun auch heutzutage, (mit Recht,) die Präsumtion eintreten läßt, daß derjenige, der animo laedendi, die in der Regel lebensgefährliche und tödtliche Handlung gegen den Andern unternommen hat, dolos gehandelt habe, so ist in der Würklichkeit diese Theorie Carpzov's von der heutigen gar nicht so verschieden, als man gewöhnlich glaubt. Carpzov sagt ausdrücklich a. a. O. Nr. 64.: Supra dicta enim, (quod nempe danti operam rei illicitae imputari debeat, quicquid fuerit praeter ejus intentionem ex eo actu secutum) procedunt tantum, quantum ad subjectum, circa quod versatur ipsa malitia illicite operantis, et quantum ad ea, quae illi objecto, *per se* et *immediate junguntur*, aut *necessario* sequuntur, *non autem quoad* illa, quae per *accidens* oriuntur a re illa mala, cui opera datur.

6) Eine theoretische Begründung des dol. indir. vom Standpunkte der Wolffschen Philosophie aus liefert *Nettelbladt* de homicidio ex intentione indirecta commissa. Halae 1756. Zuerst bestritten wurde (bei Gelegenheit einer Defension, wegen einer im Duell erfolgten Tödtung) der dolus indirectus von Christiani. Die Chimäre des Todtschlag's aus indirekter Absicht. (Im Kielschen Magazin. Hamburg 1784. Bd. I. Stck 3. S. 345. und Bd. II. Stck 3.) Zu den ältern Gegnern dieses Ausdrucks gehört ferner:

nicht geläugnet werden konnten, genau genommen nur neue Eintheilungen des bestrittenen Begriffs und neue Namen aufgestellt worden, wobei es wiederum sehr zu bedauern ist, daß man mitunter nicht das würkliche Leben zum Grunde legte und hieraus die Eintheilungen abstrahirte, sondern zuerst die Eintheilung aufstellte und dann hiernach die Würklichkeit klassifizirte. Die von den meisten neuern Criminalisten angenommene Eintheilung, in bestimmten und unbestimmten bösen Vorsatz, (dolus determinatus und indeterminatus s. eventualis) rührt von Feuerbach her. [7]) Die letztere Art der verbrecherischen Willensbestim-

---

Püttmann de distinctione inter animum occidendi directum et indirectum e jurisprudentia crim. prorsus eliminanda. Lips. 1789. Aug. v. Hoff, über Verbrechen aus indirekter Absicht. Berlin 1791. Vertheidigt wurde dagegen die ältere Ansicht von: *Eschenbach* Progr. de dolo indirecto delinquentium. Rostock 1787. J. Fr. Ch. Meister, Ueber den criminalistischen Begriff dolus indirectus unter der beschränktern Rücksicht auf Homicidien. (Im Neuen Arch. Bd. I. Stck 1. S. 106. ff.) Schröter Handbuch §. 67.

7) S. Desselben Betrachtungen über dolus und culpa. Bd. II. Stck 1. S. 230. u. ff. Feuerbach characterisirt den dol. indeterm. folgendergestalt: „Sein (des Handelnden) Wille war auf verschiedene Rechtsverletzungen gerichtet, seine Handlung war so geeigenschaftet, daß sie verschiedenartige Rechtsverletzungen realisiren konnte. Dieß ist vorzüglich dann der Fall, wenn der Wille auf eine gewisse Art oder Gattung von Rechtsverletzungen gerichtet ist, welche verschiedenartige Rechtsverletzungen unter sich enthält; z. B. ich hasse einen Menschen, will mich auf eine empfindliche Weise an ihm rächen, und glaube diese Absicht nicht anders erreichen zu können, als wenn ich ihm aufpasse und mit einem Gewehr nach ihm schieße. Ich weiß, daß hieraus Verwundung, aber auch Tödtung entstehen kann; ich will ihn nicht grade tödten und nicht grade verwunden, will ihm nicht schlechthin eine leichte, auch nicht gradezu eine der Gesundheit fortdauernd gefährliche Wunde beibringen. Meine Absicht geht nur überhaupt auf Befriedigung meiner Rache durch körperliche Verletzung.

mung soll die des Zornigen seyn, wenn sein Affekt in äußere Handlungen ausbricht. [8]) Aber die Gemüthsstimmung des Zornigen ist in der Würklichkeit eine ganz andre, und der von Feuerbach geschilderte unbestimmte dolus ist nur in dem dritten der oben erwähnten, zwischen dolus und culpa in der Mitte stehenden Fälle vorhanden. Weber [9]) theilt den unbestimmten dolus noch weiter ein, in den alternativen und eventuellen Dolus, je nachdem es dem Handelnden bei seinem unbestimmten Dolus gleichgültig war, welcher von den möglichen mehreren Erfolgen eintrete, oder je nachdem er vorzugsweise den Einen dieser möglichen Erfolge gewollt, und nur auf den äußersten Fall auch in den andern Erfolg eingewilligt hat. — Aber auch durch diese Unterscheidung wird die Gemüthsstimmung des

---

Welche daraus entstehen werde, ist mir gleichgültig, wenn nur eine von den verschiedenen möglichen Verletzungen, die aus meiner Handlung entspringen können, wirklich wird. Dieß ist gewöhnlich die Gemüthslage des Zornigen, wenn sich sein Affekt in äußern verletzenden Handlungen zeigt."

8) Weit richtiger characterisirt Roßhirt den im Affekt handelnden Todtschläger. (Im neuen Archiv Bd. VIII. Stck 3. S. 378.) „Der Todtschläger will Vernichtung seines Gegners, den er nicht neben sich dulden kann, aber er denkt nicht darüber nach, warum er durchaus Vernichtung seines Gegners will, wie er am besten seinen Zweck erreichen, welche Folgen er daraus ziehen will und kann. Der Mörder dagegen weiß genau, warum sein Gegner sterben soll, wie er fallen muß, wie er (der Mörder) sich bei und nach der Handlung zu benehmen hat." — Die Römer unterschieden auch zwischen vorbedachten, in der Hitze der Leidenschaft begangenen und rein kulposen Verbrechen. fr. 11. §. 2. D. de poenis. (XLVIII. 19.) Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu. Proposito delinqunt latrones, qui factionem habent; impetu autem cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur.

9) Im Neuen Archiv Bd. VII. Stck 4.

Todschlägers, (im eigentlichen Sinne) keineswegs richtig bezeichnet. Wächter [10]) endlich versteht unter dem dolus eventualis den Fall, wo der Handelnde einen gewissen rechtswidrigen Erfolg als die, wenn auch nur mögliche Folge seiner Handlung voraussieht, das Eintreten desselben zwar nicht grade will, aber auf den Fall, daß er nicht vermieden würde, ihn bestimmt vorher billigt. — Eine solche Reflexion vor der That wird sich aber, außer dem Falle des Duells, in der Würklichkeit schwerlich auffinden und noch schwerer erkennen lassen; wenigstens ist sie bei dem eigentlichen Todschläger zuverlässig nicht vorhanden. — Außer den genannten Eintheilungen und Benennungen, ist der, von Feuerbach erfundene Ausdruck: culpa dolo determinata, von den neuern Criminalisten fast allgemein angenommen. [11]) Feuerbach [12]) versteht darunter den Fall, wo ein Verbrecher einen bestimmten rechtswidrigen Erfolg zum Zwecke hat, aus der hieraus gerichteten Handlung aber ein anderer rechtswidriger, (von dem Handelnden nicht gewollter) Erfolg entstanden ist, welchen er als mögliche Folge seiner Handlung entweder voraussah, oder doch voraussehen konnte. — Gewissermaßen würde diese culpa dolo determinata den zweiten und vierten der oben genannten Fälle umfassen. Wenn aber die Absicht würklich auf einen geringern als den eingetretenen Erfolg gerichtet war, so wird es, (im Falle der Tödtung), doch immer darauf ankommen wie die für den Zweck des Thäters gewählten Mittel beschaffen waren. —

---

10) Lehrbuch Th. I. §. 78. Note 53.

11) Bestritten wird die Existenz derselben von Henke Handbuch Th. I. S. 368.

12) Lehrbuch (9te Aufl.) §. 60.

Mußten sie, trotz der Absicht des Thäters, welche bloß auf Verletzung nicht auf Tödtung seines Feindes gerichtet war, dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nach, den Tod des Andern herbeiführen, so ist natürlich ein ganz andrer Grad der Strafbarkeit vorhanden, als wenn diese Mittel nicht lebensgefährlich waren. — Bei andern Verbrechen findet wieder ein ganz andres Verhältniß statt. Wer z. B. auch durch wissentliche Uebertretung von Polizeigesetzen kulposer Weise eine Feuersbrunst veranlaßt, ist zwar strafbarer, als wenn dieser erschwerende Umstand nicht konkurrirt, aber es erhellt von selbst daß er sich zu dem dolosen Brandstifter ganz anders verhält als der, welcher durch eine Mißhandlung einen Andern, selbst wider seinen Willen tödtet, zum Mörder. Im letztern Falle ist eine feindliche Gemüthsstimmung des Thäters gegen einen Andern vorhanden, während dem kulposen Brandstifter bloß Unachtsamkeit oder Leichtsinn zur Last fallen. Diese und andre, in der Natur der Sache gegründeten Unterschiede berücksichtigt jene abstrakte Benennung nicht, und es dürfte sich daher der Werth, den dieselbe für die Wissenschaft haben soll, sehr in Zweifel ziehen lassen. [13])

§. 29.

4) Von der Fahrlässigkeit.

An die genannten Abstufungen des bösen Willens schließt sich die Fahrlässigkeit an, über deren Begriff unter den neuern Schriftstellern deshalb so große Widersprüche

---

13) Von den Mittelstufen zwischen dolus und culpa welche nach den ältern und neuern positiven Gesetzgebungen unterschieden werden müssen wird, weil diese sich ohne ein spezielles Eingehen auf die einzelnen Verbrechen nicht characterisiren lassen, erst im besondern Theile die Rede seyn.

herrschten, weil man das Wesen derselben ebenfalls rein abstrakt und ohne Rücksicht auf das würkliche Leben bestimmen wollte; daher auch die Behauptung daß die culpa ein Fehler des Verstandes sey, [1]) welche, konsequent verfolgt, die Strafbarkeit derselben aufheben würde, da ohne Zusammenhang mit dem menschlichen Willen gar keine Zurechnung möglich ist. Die reine Fahrlässigkeit aber, im Gegensatze gegen den bösen Vorsatz und die im vorigen §. erwähnten Arten der Willensbestimmung, umfaßt die Fälle, wo die Absicht des Handelnden nicht auf das eigentlich Rechtswidrige der Handlung, also namentlich nicht auf den Effekt derselben gerichtet war, [2]) sondern wo dieser gänzlich gegen den Willen des Handelnden aus einer unbedachten, leichtsinnigen oder muthwilligen Handlung entstand. [3]) Die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit liegt aber darin, daß der Handelnde auf sein Benehmen nicht den Fleiß und die Sorgsamkeit verwendete, die er kraft seiner allgemeinen Menschen- und Bürgerpflicht darauf zu verwenden gehalten war. [4])

---

1) Diese Ansicht hat vornämlich ausgesprochen: L. Harscher v. Almendingen, Ueber das kulpose Verbrechen. Gießen 1804. (auch in Grolman's Bibliothek Bd. II. Stck 2.) Sie wird aber von den meisten neuern Criminalisten sehr richtig für einen Irrthum erklärt. S. Wächter Lehrbuch Th. I. §. 79. Note 56.

2) Nur wo der Effekt der kulposen Handlung würklich eingetreten ist, wird die culpa überhaupt zur Sprache kommen, wenn nicht ein Polizeigesetz übertreten ist, in welchem Falle aber die Fahrlässigkeit nicht als solche, sondern als Verletzung des Polizeigesetzes bestraft werden wird.

3) War die Handlung, im Falle der Tödtung, (denn hier und bei der Brandstiftung wird die Lehre von der culpa überhaupt am meisten praktisch,) aus feindlicher Absicht gegen den Andern unternommen, so fällt sie unter einen der im vorigen §. erwähnten Fälle.

4) Die Gränze der Fahrlässigkeit gegen den Zufall hin, ist oben (§. 22.) angegeben.

Insofern ist es also nicht unrichtig, wenn man die Fahrlässigkeit einen negativ bösen Willen genannt hat. [5]) In Beziehung auf die größere oder geringere Strafbarkeit derselben, wird es freilich großen Einfluß haben, ob die fahrlässige Handlung an sich schon gegen ein Polizeigesetz verstößt oder nicht, eine anderweitige streng systematische Eintheilung der Fahrlässigkeit in gewisse Grade und Arten, [6])

---

5) Renazzi Elementa jur. crim. L. I. c. 6. §. 3. S. auch Wächter Lehrb. Th. I. §. 79. Note 54. — Das römische Recht bezeichnet die culpa im Gegensatze des dolus, durch: *negligentia*, (fr. 9. D. de incend. XLVII. 9. fr. 12. D. de poenis XLVIII. 19.) *luxuria* (fr. 11. ibid.) *casus* (fr. 9. ibid. fr. 5. §. 2. fr. 11. §. 2. fr. 16. §. 8. D. de poenis) (XLVIII. 19.) *petulantia* (fr. 16. §. 6. ibid.) *lascivia* (fr. 4. §. 1. D. ad Leg. Cornel. de sic. XLVIII. 8.) Die C. C. C. wählt um den Gegensatz des dolus zu bezeichnen die Ausdrücke: wider Willen, unfürsichtigkeit, unfleiß, geylheyt, unfürsetzlich, ungeverlich u. s. w. S. Art. 146. wo besonders von der culpa in Beziehung auf die Tödtung die Rede ist.

6) Feuerbach (Betrachtungen über dolus und culpa, in Grolman's Biblioth. Th. II. Stck 1. S. 223.) theilt die culpa ein, in eine culpa aus Fahrlässigkeit, (mit dem Bewußtsein des Subjekts von dem Zusammenhange derselben mit einem möglichen oder wahrscheinlichen gesetzwidrigen Erfolg,) — aus Unwissenheit des Gesetzes, — (durch unterlassene Erwerbung der Erkenntniß des Strafgesetzes) aus Uebereilung (durch unterlassene Reflexion über die Handlung, um sie unter das Strafgesetz zu subsumiren,) und aus Unbedachtsamkeit, (durch unterlassene Reflexion über den möglichen Causal-Zusammenhang der äußern Handlung mit einer Rechtsverletzung.) Diese Eintheilung ist dem Sprachgebrauche und den Rechtsquellen eben so wenig angemessen, als der Natur der Sache. Vergl. Henke Handbuch Th. I. S. 358. Eine andre Eintheilung der culpa in nahe und entfernte Schuld, (culpa proxima und culpa remota) stellt Grolman (Grundsätze der Crim. R. Wissensch. §. 48.) auf. Nach dieser findet die erstere statt, wenn der Handelnde den nicht beabsichtigten rechtswidrigen Erfolg als mögliche Folge seiner Handlung würklich voraussah und sich dennoch nicht be-

ist aber entschieden zu mißbilligen, weil die im Leben vorkommenden Fälle unendlich vielfacher sind als das Schema des Gesetzgebers, und somit dieses dem Richter zur unnützen aber lästigen Fessel wird. — Das römische Recht spricht zwar an manchen Stellen, auch in Beziehung auf die Strafe, von einer culpa lata im Gegensatze eines geringern Grades von Fahrlässigkeit, aber ein festes und unverrückbares Schema für die Rechtsanwendung liegt diesen Bestimmungen keineswegs zum Grunde. [7]) Die C. C. C. [8])

---

stimmen ließ, diese nicht gewünschte rechtswidrige Folge nach Möglichkeit zu vermeiden. Die entfernte Schuld soll dann vorhanden seyn, wenn der Handelnde die mögliche Rechtsverletzung aus Unbedachtsamkeit oder Uebereilung, nicht voraussah, oder wenn er es unterlassen hatte die nothwendige Bekanntschaft mit den Regeln des rechtlichen Verhaltens oder mit der Natur der vorgenommenen Handlung sich zu verschaffen. — Außer diesen Eintheilungen der culpa welche sich auf die Entstehungsart derselben beziehen, wurden von Vielen auch noch mehrere Grade derselben angenommen. Die culpa lata (große Schuld) sollte hiernach diejenige seyn, wo die Entstehung der unerlaubten Wirkung wahrscheinlicher war, als das Entstehen der erlaubten, die culpa levis (mittlere Schuld) sollte die seyn, wo beide Effekte gleich wahrscheinlich waren, die culpa levissima (kleine Schuld) diejenige, wo die Entstehung der unerlaubten Wirkung unwahrscheinlicher war, als die der erlaubten. Die meisten neuern Schriftsteller erklären sich jetzt gegen diese Eintheilung, s. Wächter Lehrbuch Th. I. §. 80. Note 57. und Tittmann Handbuch (2te Ausgabe) §. 93, besonders Oersted Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung S. 266 u. ff.

7) fr. 14. D. de incend. (XLVII. 9.) Si fortuito incendium factum sit venia indiget, nisi tam *lata culpa* fuit, ut luxuriae aut dolo sit proxima. fr. 7. D. ad leg. Cornel. de sic. (XLVIII. 8.) In lege Cornelia dolus pro facto accipitur, nec in hac lege *culpa lata* pro dolo accipitur. fr. 213. D. de Verbor signif. (L. 16.) Lata culpa est nimia negligentia i. e. non intelligere quod omnes intelligunt.

8) Art. 146.

spricht von der culpa bei Gelegenheit der Tödtung; sie bestimmt hier auf eine für ihren Zweck sehr passende Art, (durch) Beispiele) den Begriff derselben, und erkennt ausdrücklich die subtilen Unterschiede der hieher gehörenden Fälle an, aber auch sie ist weit davon entfernt die Mannichfaltigkeit derselben in ein abstraktes Schema zwängen zu wollen. — Das preußische Landrecht [9]) definirt die Fahrlässigkeit durch diejenige Uebertretung eines Strafgesetzes, wo der Handelnde zwar die gesetzwidrige Folge seiner Handlung nicht eingesehen hat, doch aber dieselbe bei gehöriger Aufmerksamkeit und Ueberlegung hätte voraussehen können. Festbestimmte Grade dieser Fahrlässigkeit nimmt diese Gesetzgebung nicht an, sondern setzt nur im Allgemeinen fest, daß die Fahrlässigkeit mit desto größerer Strafe zu belegen sey, je natürlicher und gewöhnlicher der gesetzwidrige Erfolg aus der Handlung entsteht; je leichter der Handelnde diesen Zusammenhang hat voraussehen können, und je gefährlicher und unerlaubter die Handlung an sich ist, aus welcher der Schaden, obschon wider seinen Willen entsteht. Weit weniger giebt die bairische Gesetzgebung dem richterlichen Ermessen Spielraum. Sie theilt die Fahrlässigkeit, welche sie sehr allgemein definirt, [10]) in eine grobe

---

9) §. 28. und 29. Th. II. 20.

10) Der Art. 64. sagt: „Jeder Unterthan ist schuldig, gefährliche Handlungen zu unterlassen, und in jedem Unternehmen mit gehöriger Aufmerksamkeit und Bedachtsamkeit zu verfahren, damit er auch nicht unabsichtlich Andere an ihren Rechten verletze, oder Gesetze des Staates übertrete. Wer dieser Verbindlichkeit zuwider etwas gethan oder unterlassen hat, woraus ohne seine Absicht eine in diesem Gesetzbuche enthaltene Uebertretung entstanden ist, wird deshalb wegen Vergehen aus Fahrlässigkeit verantwortlich.“ — Mit Recht läßt sich gegen die so gefaßte Disposition die Einwendung machen, daß nicht alle fahrlässigen Verletzungen der Rechte Anderer

und geringe. Grobe Fahrlässigkeit ist vorhanden: I) wenn der Beschädiger die Gefährlichkeit seiner Handlung selbst eingesehen, gleichwohl aber in unbesonnenem Leichtsinne dieselbe nicht unterlassen hat; II) wenn seine Handlung in so hohem Grade gefährlich war, daß er bei geringer Aufmerksamkeit hätte einsehen müssen, daß der rechtswidrige Erfolg wenigstens eben so leicht daraus entstehen als nicht entstehen könne; III) wenn der Handelnde durch den Vortheil eigenthümlicher Kenntnisse oder Verhältnisse vorzüglich im Stande war, die Gefährlichkeit seiner Handlungsweise einzusehen, oder den nachtheiligen Folgen derselben zuvorzukommen; IV) wenn die fahrlässige Handlung zugleich schon aus andern Gründen an sich unerlaubt und rechtswidrig gewesen ist; oder V) der Handelnde nächst der allgemeinen Verbindlichkeit (Art. 64.) noch durch besondere Pflichten des Standes, Berufs, übernommener Verpflichtungen und dergleichen, zu vorzüglicher Sorgfalt und Ueberlegung aufgefordert war. [11]) Geringe Fahrlässigkeit

---

immer von der Art sind, daß darauf eine von Obrigkeitswegen zu verhängende Strafe statt finden müsse, und daß viele kulpose Uebertretungen lediglich der Civilklage des Beschädigten überlassen bleiben können. Am besten wird es demnach also in legislativer Hinsicht seyn, wenn das Gesetzbuch bei den einzelnen Verbrechen bemerkt, ob und mit welcher Strafe die culpa, wenn sie überhaupt möglich ist, belegt werden soll.

11) Art. 65. Nach Art. 66. soll der, welcher ohne dringende pflichtmäßige Veranlassung eine Handlung unternimmt, wozu eine Wissenschaft, Kunst oder Profession vorausgesetzt wird, zu deren Ausübung er nicht berechtigt ist, wegen grober Fahrlässigkeit bestraft werden, wenn bei dieser Gelegenheit ein Schaden entsteht. Eben dasselbe findet nach Art. 67. statt, wenn der Schaden daraus entstanden ist, daß der zur Ausübung einer Wissenschaft, Kunst oder Profession Berechtigte, die dazu gehörenden gemeinen Kenntnisse oder Fertigkeiten nicht besitzt.

ist dagegen vorhanden: I) wenn die fahrlässige Handlung mit dem gesetzwidrigen Erfolge in entferntem Zusammenhange stand, und zwar als mögliche, doch nur als ungewöhnliche und unwahrscheinliche Würkung vorauszusehen war; II) wenn zwar die Handlung an und für sich zu der, (oben bei der groben Fahrlässigkeit unter Num. II. beschriebenen,) gefährlichern Gattung gehörte, der Handelnde aber entweder aus Schwäche und Stumpfheit des Verstandes, oder wegen eines die Aufmerksamkeit und Ueberlegung störenden unverschuldeten Gemüthszustandes, oder wegen ungünstiger äußerer Umstände, die hohe Gefährlichkeit seiner Handlung nicht leicht einzusehen vermochte, oder ihren schädlichen Erfolg nur mit besonderer Anstrengung geistiger oder körperlicher Kräfte verhindern konnte; III) wenn der Handelnde durch unverschuldete dringende Umstände zu schnellen Entschließungen bestimmt war; IV) wenn die gefährliche Handlung in Ausübung einer Amts- oder andern Pflicht aus bloßem Uebermaße des Pflichteifers geschehen ist.[12]) Auf diese, für ein Gesetzbuch unstreitig zu theoretisch-strenge Abtheilung, gründet nun die genannte Gesetzgebung einen sehr genau bestimmten Unterschied in der Strafe, von welchem ebenfalls nicht bei Gelegenheit der einzelnen Verbrechen, sondern ganz in abstracto die Rede ist. — Aber sowohl gegen diese Behandlungsweise dieser Lehre, als gegen die Gradabtheilung der culpa in einem Strafgesetzbuche, läßt sich die gegründete Einwendung erheben, daß in beiden Fällen die Rechtsanwendung erschwert, und die strenge Klassifikation nichts destoweniger rein willkührlich ist.[13])

---

12) Art. 68. Ebendas.

13) Oersted Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung. S. 266.

Am passendsten wird also das Maximum und Minimum der Strafe der Fahrlässigkeit, bei jedem einzelnen Verbrechen wo dieselbe vorkommen kann, bestimmt werden, und die Ausmessung des Grades der Schuld wie der Strafe dem Richter überlassen bleiben müssen. [14])

§. 30.

5) Ueber den Beweis der widerrechtlichen Willensbestimmung.

Die Lehre vom Beweise der widerrechtlichen Willensbestimmung und die Regeln über die Beantwortung der Frage: mit welcher besondern Art des widerrechtlichen Willens ein bestimmtes Verbrechen begangen worden? gehören

---

14) Das östreichische Gesetzbuch über Verbr. u. s. w. theilt die Polizeiübertretungen gegen die Sicherheit des Lebens, (in welche Kategorie die meisten Fälle der Fahrlässigkeit fallen,) in zwei Klassen. (Th. II. §. 89.) Es wird entweder 1) gegen natürliche allgemeine Pflichten des Menschen, oder gegen die ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes gehandelt, oder es wird 2) etwas unterlassen, was von den Gesetzen ausdrücklich vorgeschrieben, oder was zu thun, eine sich von selbst verstehende Pflicht des Standes, Gewerbes, der Beschäftigung, oder sonst eines Verhältnisses ist. „Bei der Unmöglichkeit, heißt es am angeführten Orte, alle Gattungen, wo dergleichen Handlungen und Unterlassungen der Sicherheit des Lebens Gefahr bringen, ausdrücklich zu bestimmen, soll, wenn bei einem erfolgten Tode, oder schweren Verwundung, sich durch die Untersuchung eine Schuld dieser Art offenbart, derjenige, dem die Schuld zur Last fällt, nach Maaß derselben mit einfachem oder strengem Arreste, von einem bis zu sechs Monaten, nach Umständen auch mit angemessener Verschärfung des Arrestes bestraft werden.“ Der Code pènal drückt sich über die fahrlässige Tödtung (art. 319.) folgendermaßen aus: Quiconque, par *maladresse*. *imprudence*, *inattention*, *negligence*, ou *inobservation des reglemens* aura commis *involontairement* un homicide, ou en aura etè involontairement la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à six cents francs.

in die Lehre vom Beweise, mithin in die Abhandlung über den Strafproceß. [1]) Nur in Beziehung auf die früher in der deutschen Theorie aufgestellten Lehre: daß der böse Vorsatz zu präsumiren sey, welche jedoch von den meisten neuern Strafrechtslehrern wieder verlassen ist, [2]) finde hier die Bemerkung statt, daß für keine der verschiedenen Arten der widerrechtlichen Willensbestimmung eine Präsumtion streitet, sondern daß aus den Umständen erwiesen werden muß, welche derselben vorhanden sey. [3])

---

1) Gewöhnlich wird diese Materie in den neuern Lehr- und Handbüchern in dem allgemeinen Theile abgehandelt. Aber sie gehört auch wohl aus dem Grunde passender in den Strafproceß, weil es beim Beweise des dolus auf einen Indizienbeweis ankömmt, von welchem ohnedies umständlich nur in jenem Zusammenhange gehandelt werden kann.

2) So z. B. auch von Feuerbach in der 9ten Auflage seines Lehrbuchs §. 87.

3) S. über die hieher gehörenden Beweisstellen und Litteratur Wächter Lehrbuch Th. I. §. 83.

Drittes Kapitel.

Von der verbrecherischen That.

§. 31.

I. Von der Vollendung und dem Versuche des Verbrechens.

1) Von dem vollendeten Verbrechen und dem Erfolge desselben.

J. Cropp Commentatio de praeceptis juris Romani circa puniendum conatum delinquendi. Heidelb. 1813.

Mittermaier, Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen. (Im Neuen Archiv des Cr. R. Bd. I. Stck 2. S. 163.)

Derselbe Ueber den Unterschied vollendeter und versuchter Verbrechen, und über die Grade des Versuchs. (Im Neuen Arch. des Cr. R. Bd. IV. Stck 1. S. 1.)

Weber, Ueber das geendigte Verbrechen, (delictum perfectum) und dessen angemessene Bestrafung. (Ebendas. Bd. IV. Stck 1. S. 24.)

Wächter, Lehrbuch Th. I. S. 135 — 143.

Wenn der Verbrecher seinen rechtswidrigen Willen in eine That übergehen läßt, so kann er möglicher Weise seine verbrecherische Absicht erreichen oder nicht. Hierauf beruht nun die Verschiedenheit zwischen dem vollendeten Verbrechen und dem Versuche. Das positive Recht wird nun auf diesen Umstand mehr oder weniger Gewicht legen, je nachdem es von der Grundansicht ausgeht, daß das eigentlich Strafbare in dem Willen des Menschen liege, oder

je nachdem es die materielle That, den angerichteten Schaden für die Hauptsache hält. Die erstgenannte Ansicht faßt unstreitig das Verbrechen und die Strafe aus einem höhern und geistigern Gesichtspunkte auf, als die letztere, welche einer niedern Stufe der Entwickelung angehört. — Jener folgt im Ganzen das römische Recht, jedoch mit mehreren sehr viele Fälle umfassenden Ausnahmen. [1]) Auch das ka-

---

1) Das römische Recht sieht in der Regel bei den criminibus ordinariis den Versuch für eben so strafbar an, als das würklich vollführte Verbrechen. Der Grund davon dürfte wohl darin liegen, daß den Gesetzen welche über jene Verbrechen sprechen, meistentheils ein politisches Prinzip, — Aufrechthaltung der rechtlichen Ordnung, — zum Grunde liegt; der rechtlichen und politischen Ordnung ist aber der rechtswidrige Wille eben so gefährlich, wenn der Verbrecher seine Absicht erreicht hat, als wenn es bei dem bloßen Versuche geblieben ist, und lediglich äußere Umstände die Vollendung verhindert haben. fr. 14. D. ad leg. Cornel. de sic. (XLVIII. 8.) D. Hadrianus in haec verba rescripsit: in maleficiis voluntas spectatur non exitus. c. 5. pr. C. ad leg. Jul. majestat. (IX. 8.) — Eadem enim severitate *voluntatem* sceleris, qua effectum jura puniri voluerunt. *Paulus* Sent. Rec. L. V. T. 23. §. 3. — Consilium enim uniuscujusque, non factum puniendum est. — Eine Ausnahme enthält fr. 11. D. de extraord. crim. (XLVII. 11.) Sollicatores alienarum nuptiarum, itemque matrimouiorum interpellatores, et si effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosae libidinis, *extra ordinem* puniuntur. — Auch bei den Privatdelicten litt jene allgemeine Regel keine Anwendung, weil hier sich die Strafe nach der Größe des angerichteten Schadens richtete; s. z. B. fr. 21. §. 7. D. de furtis (XLVII. 2,) Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit. Quid ergo? qua actione tenebitur? utique *injuriarum, aut de vi accusabitur,* si per vim introivit. — Ganz straflos blieb also der Versuch des Diebstahls auch nach dem römischen Aktionensysteme nicht. (s. auch fr. 27. §. 17. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) wo ebenfalls die actio injuriarum aushelfen muß.) Vergl. über diese Materie Wächter's treffliche Nachweisungen a. a. O. S. 140 und S. 53. Note 77. a. α). Die verschiedenen Ansichten der spätern Criminalisten, welche das römische Recht mit der

nonische Recht faßt nach seiner Grundidee mehr die geistige Bedeutung der strafbaren Handlung auf, [2]) das germanische Recht [3]) sieht dagegen den Schaden als dasjenige an, was gebüßt werden muß, und der Versuch als solcher, wenn er nicht eine besondere Verletzung enthält, wird dort ursprünglich nicht bestraft. — Beide Ansichten haben sich in dem spätern gemeinen deutschen Strafrechte [4]) in der Weise vermischt, daß auf den Erfolg und angerichteten Schaden, den der Thäter beabsichtigte zwar vorzugsweise gesehen, und in der Regel von diesem die volle Strafe abhängig gemacht wird, daß auf der andern Seite aber auch der rechtswidrige Wille gestraft wird, der sich in einer äußern auf die Vollendung des Verbrechens abzielenden Handlung kund giebt. [5]) Wann nun das Verbrechen voll-

---

so ganz abweichenden gemeinrechtlichen Praxis zu vereinigen suchen führt Ebenderselbe auf a. a. O. S. 139 und 140.

2) S. oben §. 6. und §. 9.

3) S. oben §. 4.

4) C. C. C. Art. 178. Item so sich jemandt eyner missethat mit etlichen scheinlichen wercken, die zu vollbringung der missethat dienstlich sein mögen, understeht, vnnd doch an vollbringung der selben missethat durch andere mittel, wider seinen willen verhindert würde, solcher böser will, darauß etlich werck, als obsteht volgen, ist peinlich zu straffen, Aber inn eynem fall harter dann inn dem andern, angesehen gelegenheyt und gestalt der sach, darumb sollen solcher straff halben die urtheyler, wie hernach steht, radts pflegen, wie die an leib oder leben zu thun gebürt.

5) Schon die ältern italiänischen Criminalisten nahmen an, es sey die Gleichstellung des Versuchs mit dem vollbrachten Verbrechen durch eine allgemeine Gewohnheit, — als solche erschien ihnen der Geist des germanischen Rechts, — abgeschafft; s. Wächter a. a. O. S. 140. und *Carpzov* Pract. rer. crim. P. I. Qu. 17. Nr. 7. und besonders die Nr. 11. angeführten Worte des Julius Clarus. Ganz im Sinne des Deutschen Rechts sagt das sächsische Lehn-

endet sey läßt sich mit Genauigkeit nur bei jedem einzelnen Verbrechen angeben; insofern aber neuere Gesetzgebungen darüber bestimmte Normen aufstellen, wo der Versuch in das vollbrachte Verbrechen übergehe, d. h. unter welchen Voraussetzungen die ordentliche Strafe eintreten solle, so kann man mit Recht sagen, daß das Verbrechen vollendet sey, sobald diese Voraussetzungen, d. h. sämmtliche Stücke des Thatbestandes vorhanden sind. Der Punkt der Vollendung wird dann freilich durch das Gesetz, nicht durch die Erreichung der Absicht des Verbrechers bestimmt. In dieser Weise drückt sich namentlich die baierische Strafgesetzgebung [6]) aus; die preußische sieht in der Regel [7]) den eingetretenen Erfolg der Handlung als zum Begriffe

---

recht Cap. 39: Es geschieht an Willen noch an schlechten Worten keine Gewalt, wenn keine That darauf folgt. Hierauf beruft sich Carpzov a. a. O. Nr. 15. und sagt: Hinc in genere tradunt practici Juris Saxonici: Et si lex eivilis puniat conatum, tamen jus Saxonicum solummodo punire eventum. — Aus jener Vermischung widersprechender Principien erklärt sich denn auch die heutige Gestalt der Lehre von der Tödtung, wo diese ganze Materie besonders praktisch wird.

6) Art. 37. Ein Verbrechen ist für vollendet zu achten, sobald an der unerlaubten Handlung nichts mehr fehlt, was zu dem vom Gesetze aufgestellten Begriffe des Verbrechens gehört. Art. 38. Erfordert dieser gesetzliche Begriff eine bestimmte Folge und Wirkung der That, so ist das Verbrechen nicht eher, als nachdem diese Folge und Wirkung entstanden, außerdem aber schon dann, wenn nur die Handlung selbst vollkommen beendigt ist, für vollbracht zu halten.

7) Dieses ergiebt sich aus §. 40. Preuß. Landr. Th. II. 20. Hat der Thäter zur Vollziehung des Verbrechens von seiner Seite alles gethan; die zum Wesen der strafbaren Handlung erforderliche Wirkung aber ist durch einen bloßen Zufall verhindert worden: so hat er diejenige Strafe, welche der ordentlichen am nächsten kommt, verwirkt.

der Vollbringung nothwendig an, und die französische [8]) läßt auf eine eigenthümliche, von den übrigen Gesetzgebungen germanischen Ursprungs völlig abweichende Weise den Versuch mit dem vollbrachten Verbrechen zusammenfallen. In dem Organismus des östreichischen [9]) Gesetzbuches über Verbrechen und Strafen erscheint überhaupt der Versuch nur als Milderungsgrund, und der Begriff der Vollendung des Verbrechens ist dort auf abstrakte Weise nicht bestimmt.

§. 32.

2) Von den Erfordernissen des Versuchs.

In Beziehung auf die nothwendigen Erfordernisse und Bedingungen des Versuchs entsteht 1) zunächst die Frage, von wo an die Handlungen, welche auf ein Verbrechen abzielen, anfangen strafbar zu werden? Die Quellen des gemeinen Rechts ziehen hier keine willkührliche Gränze, [1]) und es ist, sobald man voraussetzt, daß der Wille und nicht bloß der

---

8) Code pènal art. 2.

9) Th. I. §. 7. 8. 40. 444.

1) Die in der Natur der Sache begründete Straflosigkeit der Gesinnung erkennt das römische Recht ausdrücklich an fr. 18. D. de poenis. (XLVIII. 19.) fr. 225. D. de verbor. signif. (L. 16.) Fugitivus non est is, qui solum consilium fugiendi a domino suscepit, licet id se facturum jactaverit, sed qui ipso facto fugae initium mente deduxerit; nam et furem, adultorum, aleatorem, quamquam aliqua significatione ex animi propositione, cujusque sola quis dicere posset: ut etiam is qui nunquam alienam rem invito domino subtraxerit, nunquam matrem familias alienam corruperit, si modo ejus mentis sit, ut occasione data id commissurus sit; tamen oportere eadem haec crimina assumpto actu intelligi et ideo fugitivum quoque et erronem non secundum propositionem solam, sed *cum aliquo actu* intelligi constat.

materielle Schaden das Strafbare an einer verbrecherischen Handlung sey, [2]) nicht abzusehn, warum nicht eine jede äußere Handlung, welche auf das zu begehende Verbrechen überhaupt abzielt, auch gestraft werden könnte, sobald aus derselben, — und hierauf wird es im würklichen Leben hauptsächlich ankommen, — jene Absicht des Handelnden zu erweisen ist. Dieses ist auch wohl der wahre Sinn des Art. 178. der C. C. C. welcher zum strafbaren Versuche, „einige scheinliche Werke" fordert, unter welchen also solche Handlungen zu verstehen sind, welche ein Indicium des verbrecherischen Willens enthalten. [3]) Das preußische Landrecht [4]) erkennt bereits die vorläufigen Anstalten, das baierische Strafgesetzbuch [5]) eine jede, in der Absicht ein Verbrechen zu begehen vorgenommene äußerliche Handlung welche auf Vollbringung oder Vorbereitung desselben gerichtet ist, als Versuch an, und das östreichische Strafgesetzbuch stimmt hiermit im Gan-

---

2) Dieses hängt mit den Grundprinzipien der Lehre von der Zurechnung zusammen. Eine ganz andre Frage ist die, welche Rücksicht das Gesetz bei der Bestimmung des Strafmaßes auf den angerichteten Schaden zu nehmen hat.

3) Ueber die Bedeutung der scheinlichen Werke siehe Walch Glossarium S. 437 und 438. Vergl. des Verfassers Beiträge zur Revision der preuß. Straf-G.-Geb. in Hitzig's Zeitschrift. Heft 5. S. 148 und 149. — Anderer Ansicht über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen ist Mittermaier im Neuen Archiv des Cr. R. Bd. II. Stck 4. S. 602, welcher behauptet, daß Versuchshandlungen erst dann strafbar würden, wenn der Verbrecher die Anwendung seiner Mittel anfängt, oder sich in die Lage setzt sie anwenden zu können. Eine innere Nothwendigkeit dieser Annahme, welche den Gesetzen nicht entspricht, läßt sich schwerlich nachweisen.

4) §. 42. Th. II. 20.

5) Art. 57.

zen überein. [6]) Nur das französische Straf-Gesetzbuch [7]) zieht die ihm eigenthümliche Grenze, daß es bei Verbrechen den Versuch nur wenn ein Anfang der Ausführung vorhanden war als strafbar ansieht, dann aber freilich auch die volle Strafe des Gesetzes selbst eintreten läßt, während bei Vergehen (delits) der Versuch überhaupt nur dann zur Sprache kömmt, wo es durch besondere gesetzliche Disposition so angeordnet ist. 2) Ein Versuch ist nur unter der Voraussetzung des bösen Vorsatzes denkbar, weil ohne Absicht das Streben die Absicht zu erreichen nicht möglich ist; [8]) Handlungen, aus welchen leicht ein schädlicher Erfolg entstehen kann, werden freilich auch durch besondere Polizeigesetze verpönt, niemals aber als Versuch qualifizirt werden können. [9]) 3) Dagegen läßt es sich nicht behaupten daß die Handlung, welche auf die Erreichung der verbrecherischen Absicht zielte, nothwendig so beschaffen seyn mußte, daß sie an sich diesen Zweck herbeizuführen geeignet war. — Dieser Punkt ist freilich sehr bestritten, [10]) und

---

6) Th. I. §. 7 und 8.

7) *Code pènal* art. 2. Toute tentative de crime, qui aura etè *manifestèe par des actes exterieures et suivie d'un commencement d'execution*, si elle n'a etè suspendue ou n'a manquè son effet que par des circonstances fortuites ou independantes de la volontè de l'auteur, est considerèe comme le *crime* même art. 3. Les tentatives de *delits* ne sont considérées comme delits que dans les cas déterminès par une disposition speciale de la loi.

8) Sehr richtig bemerkt Mittermaier (im Neuen Arch. Bd. IV. Stck 1. S. 17 — 19.) daß der Versuch, je nach der individuellen Natur des Verbrechens in eigenthümlicher Gestalt hervortreten wird.

9) Hiermit stimmen auch die meisten neuern Criminalisten überein, s. Wächter Lehrbuch Th. I. §. 84. Note 66.

10) Behauptet wird die Straflosigkeit des mit unzureichenden

man hat, um die entgegengesetzte Ansicht zu unterstützen seine Zuflucht häufig zu fingirten Beispielen genommen, welche entweder schon um deswillen nicht hieher gehören, weil die in denselben vorkommenden Handlungen ganz in das Reich des Gedankens gehören, [11]) und in keinem Falle bewiesen werden können, oder welche offenbar das zu Erweisende als erwiesen voraussetzen. [12]) Es lassen sich denselben füglich andere und schlagendere Beispiele entgegenstellen, welche die gefährlichen Consequenzen des ganz abstrakten Satzes, wonach die Zweckmäßigkeit der gewählten Mittel, über die Strafbarkeit des Versuchs entscheiden soll, in das hellste Licht setzen. Denn die meisten in neuern Zeiten versuchten Revolutionen scheiterten lediglich an der Unzulänglichkeit der Mittel, und müßten deshalb nach jener Lehre straflos seyn; und auch der Dieb welcher einsteigen will, aber eine zu kurze Leiter mitnimmt, kann nicht bestraft werden, wenn jener Satz in seiner Allgemeinheit gelten soll. 4) Dagegen läßt es sich nicht nur aus dem gemeinen Rechte [13]) ableiten daß der Versuch, von wel-

---

Mitteln unternommenen Versuchs besonders von Feuerbach Lehrb. §. 42. Note c. Mittermaier theilte früher dieselbe Ansicht, (im Neuen Arch. Bd. I. S. 171. ff. S. 183. ff. Bd. III. S. 400 und 410), nimmt sie aber zurück im Neuen Archiv. Bd. IV. Stck 1. S. 104. Besonders scharfsinnig bestritten wird die Meinung Feuerbach's von Oersted Grundregeln der Strafgesetzgebung §. 24. S. auch Wächter Lehrb. Th. I. S. 137 b.

11) Dieses gilt namentlich von dem so oft wiedererzählten Beispiele von jenem Baiern, der seinen Feind tod beten wollte. Ist das Gebet nicht auch, und aus demselben Grunde, zollfrei wie der Gedanke?

12) Dahin gehört der Fall wo Jemand dem Andern vermeintliches Gift beibringt, auf welchen man sich auch zur Unterstützung jener irrigen Ansicht berufen hat.

13) fr. 19. princ. D. ad leg. Cornel. de falsis (XLVIII. 10.)

chem der Thäter freiwillig abstand, straflos bleibe, sondern es spricht dafür auch der entscheidende Grund der Zweckmäßigkeit, daß diese Straflosigkeit grade eine Aufforderung zum Zurücktreten für den Verbrecher ist. — Die neuern Gesetzgebungen [14]) und die meisten neuern Strafrechtslehrer sind eben dieser Ansicht. [15])

Qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt. suffragio justae poenitentiae absolvuntur. C. C. C. art. 178. „an vollbringung der missethat durch andre mittel, wider seinen willen verhindert würde.

14) Oestreich. Gesetzb. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 7. Zu einem Verbrechen ist nicht nöthig, daß die That würklich ausgeführt werde. Schon der Versuch einer Uebelthat ist ein Verbrechen, sobald der Bösgesinnte eine zur würklichen Ausübung führende Handlung unternommen hat, die Vollbringung des Verbrechens aber nur wegen Unvermögenheit, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses, oder durch Zufall unterblieben ist. Bairisches Strafgesetzbuch. Art. 58. Der Versuch ist von aller Strafe frei: wenn der Handelnde an der Vollbringung nicht durch äußere Hindernisse, durch Unvermögenheit oder Zufall verhindert, sondern freiwillig, aus Gewissensregung, Mitleid oder aus Furcht vor Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist; welches letztere jedoch nicht vermuthet wird. — Wer zwar die Vollbringung freiwillig, jedoch in dem Vorsatze aufgegeben hat, zu anderer Zeit, an anderem Orte, an einer andern Person, oder auf andere Art die Uebertretung auszuführen, ist eben so zu strafen, als wenn er wider Willen an der Vollbringung wäre verhindert worden. §. 43. Preuß. Landr. Th. II. 20. Wer aus eigner Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht, und dabei solche Anstalten trifft, daß die gesetzwidrige Wirkung gar nicht erfolgen kann, ingleichen der, welcher durch zeitige Entdeckung der Mitschuldigen, und ihres Vorhabens die Ausführung dessen hintertreibt, kann auf Begnadigung Anspruch machen. S. hierzu Hitzig's Zeitschrift Heft I. S. 39 — 77. Code Pènal art. 2.

15) S. Wächter Lehrb. Th. I. §. 86.

§. 33.

3) Von den Graden des Versuchs.

Zwischen den beiden Endpunkten, wo die Versuchshandlungen anfangen strafbar zu werden, und wo sie in das volle Verbrechen übergehen, ist eine unendliche Menge von Abstufungen denkbar, je nachdem die Handlung sich dem vollen Verbrechen mehr oder weniger nähert. Dem römischen Rechte [1]) ist eine scharfe Gradeintheilung schon aus dem Grunde fremd, weil der Versuch in der Regel wie das volle Verbrechen gestraft wird. Die C. C. C. [2]) sagt dagegen ausdrücklich: „es solle in dem einen Falle härter als in dem andern gestraft werden, angesehen Gelegenheit und Gestalt der Sache," worauf denn die neuern Schriftsteller mehrere abstrakte Eintheilungen des Versuchs gegründet haben. [3]) An diese schließt sich

---

1) S. oben §. 31. und Wächter Th. I. §. 85. Note 67.

2) Art. 178.

3) So z. B. unterscheidet schon Böhmer (Meditationes in C. C. C. ad art. 131. §. 38.) den Conat von der Consummation des Verbrechens, wozu auch der Erfolg gehört, und theilt jenen ein in einen conatus remotus, proximior und proximus. Klein, Grundsätze des peinl. R. §. 145. unterscheidet das delictum consummatum von dem delictum perfectum, (bei welchem letztern der Erfolg noch nicht eingetreten ist.) Diesem beendigten Verbrechen, welches er auch conatus perfectus nennt, stellt er den unbeendigten Versuch (conatus imperfectus) entgegen, den er in den nächsten und in den entfernten Versuch eintheilt, je nachdem der Thäter bereits in der Haupthandlung oder in der Vorbereitung des Verbrechens begriffen war. — Tittmann Handbuch §. 97. unterscheidet die Vorbereitung des Verbrechens, (den entfernten Versuch, praeparatio s. attentatio, conatus remotus,) die Unternehmung desselben, (den näheren Versuch, conatus propior, inchoatio) und die Vollendung (den nächsten Versuch, exsecutio, conatus proximus,) wo bloß der Erfolg nicht eingetreten ist. Grolman (Grund-

dann auch das preußische Landrecht [4]) und das bairische Strafgesetzbuch, [5]) während das östreichische Gesetzbuch [6]) über Verbrechen u. s. w. die Ausmessung der Strafbarkeit des Versuchs dem Richter überläßt, und das französische Recht, [7]) eine geringere Strafbarkeit des Versuchs überhaupt nicht anerkennt. Wenn der Versuch an sich schon ein vollendetes Verbrechen enthält so ist er nach dem neuern Sprachgebrauche, zusammengesetzt oder qualifizirt. [8])

---

sätze der Cr. R. W. §. 31.) trennt die beendigte von der angefangenen Unternehmung.

4) Das Landrecht unterscheidet den Fall wo der Thäter zur Vollziehung des Verbrechens Alles gethan hatte, was er thun konnte, von der des Versuchs, wo bloß noch die letzte zur Ausführung des Verbrechens erforderliche Handlung fehlte, und beide Grade wieder von den vorläufigen Anstalten. §. 40 — 42. Preuß. Landr. Th. II. 20.

5) Das bairische Strafgesetzbuch unterscheidet einen nächsten und einen entfernten Versuch. Der erste ist vorhanden, wenn der Uebertreter schon in derjenigen Handlung begriffen war, durch welche das Verbrechen oder Vergehen sogleich und unmittelbar in Würklichkeit gebracht werden sollte. Art. 60. und 62.

6) Th. I. §. 40. Milderungsumstände in Rücksicht auf die Beschaffenheit der That sind: a) wenn es bei dem Versuche geblieben ist, nach Maß, als der Versuch noch von der Vollbringung des Verbrechens entfernt gewesen.

7) Code pènal art. 2.

8) Wächter Lehrb. Th. I. §. 85 b.

§. 34.

II. Von der Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen.

1) Von der Theilnahme überhaupt.

Oersted, Grundregeln der Strafgesetzgebung S. 182 — 211.

Borst, Ueber die Theilnahme an einem Verbrechen und die Nothwendigkeit deren verschiedene Arten und Abstufungen zu unterscheiden. Im Neuen Arch. Bd. VII. Stck 4. S. 699.

Henke, Handbuch Th. I. S. 265. u. ff.

Wächter, Lehrbuch Th. I. S. 143 — 155.

Die verbrecherische That kann sich auch insofern verschieden gestalten, als mehrere Personen bei einem und demselben Verbrechen konkurriren, und sich unter einander auf verschiedene Weise bei Begehung des Verbrechens unterstützen. Je nachdem nun ein positives Rechtssystem größeres Gewicht auf den Willen oder auf die materielle That legt, wird diese Unterscheidung auch von größerer oder geringerer Wichtigkeit seyn. Das römische Recht [1]) nimmt

---

1) fr. 54. §. 4. D. de furtis (XLVII. 2.) Qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium, vel armarium, vel scalam sciens commodaverit ad adscendendum, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur. fr. 3. §. 3. D. de incend. (XLVII. 9.) — receptores non minus delinquunt quam adgressores. fr. 8. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) Qui domum suam, ut stuprum adulteriumve — — — fieret, sciens praebuerit, vel quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit, cujuscunque sit conditionis, quasi adulter punitur. fr. 6. D. de lege Pomp. de parricid. (XLVIII, 9.) Utrum qui occiderint parentes, an etiam conscii poena parricidii adficiantur, quaeri potest? Et ait Marcianus etiam conscios eadem poena adficiendos. — — — proinde conscii etiam extranei eadem poena adficiendi sunt. fr. 7. D. ibid. Si sciente creditore, ad scelus committendum pecunia sit

nach seinem schon öfter erwähnten Grundprinzip in der Regel keine Rücksicht darauf, auf welche Weise Jemand seine Theilnahme an dem Verbrechen äußerte, eben so unterscheidet das ältere germanische Recht [2]) nicht scharf zwischen den verschiedenartigen Theilnehmern an einem Verbrechen. Auch pflegt hier ja schon meistentheils aus dem Grunde für alle Theilnehmer die gleiche Strafe einzutreten, weil, wenigstens bei den schwerern und gewaltsamen Verbrechen, Alle auf gleiche Weise den Landfrieden brachen. Aus dem kanonischen Rechte, [3]) auf welches man sich in dieser

---

subministrata, — — — — — — parricidii poena tenebitur, qui quaesierit pecuniam, quique eorum ita crediderint, aut a quo ita caverunt. fr. 9. §. 1. D. de lege Cornel. de fals. (XLVIII. 10.) Eadem poena afficitur etiam is, qui cum prohibere tale quid posset, non prohibetur. §. 4. J. de obl. quae ex del. (IV. 1.) §. 8 u. 9. J. de publ. jud. (IV. 18.) c. 5. C. ad Leg. Jul. Maj. (IX. 8.) vergl. Wächter Lehrb. §. 88. Note 78.

2) Die Theilnahme an einem Diebstahle oder Raube soll nach dem Sachsenspiegel Buch II. Art. 13. eben so bestraft werden wie das Verbrechen selbst. Auch diejenigen welche „mordliche Botschaft werben" soll man radebrechen, wie die Mörder selbst. (Schwabenspiegel Art. 116.)

3) Die hieher gehörende Stelle (c. 6. X. V. 12. (de homic.)) spricht zunächst von einem ganz singulären Falle; (der Ermordung des heil. Thomas v. Becket.) Diejenigen welche an dieser Frevelthat Theil genommen hatten, oder dabei zugegen gewesen waren, waren allerdings auf verschiedene Weise verschuldet, indem Einige in der würklich mörderischen Absicht in die Kirche eingedrungen waren, wo Becket sich befand, Andere dagegen bloß ihren Genossen gefolgt waren, um ihnen Hülfe zu leisten. Genau genommen sagt die Stelle nichts weiter, als was nach dem Geiste des kanonischen Rechts sich von selbst versteht, daß nämlich die Buße sich nach dem Maaße der Verschuldung, welche wieder durch den Willen bedingt ist, richten solle. Daher heißt es auch im Anfange des cap. 6. cit. Sane cum vir discretus existas, plenius nosti, quod in excessibus singulorum, non solum quantitas et qualitas delicti, sed aetas, scientia,

Beziehung so häufig beruft, läßt sich wohl eine strenge und abstrakte Unterscheidung der verschiedenen Genossen eines Verbrechens nicht rechtfertigen. Erst die C. C. C. [4]) sagt daß alle Theilnehmer an einem Verbrechen peinlich zu strafen seyen, aber in einem Falle anders, als in dem andern. Auch hier hat wieder, aus denselben Gründen, welche wir schon oben bei dem Versuche erwähnten, die neuere streng sondernde und scharf klassifizirende Theorie, alle nur irgend möglichen äußern Verschiedenheiten durch scharfe Eintheilungen und besondere Benennungen hervorgehoben, hierbei

---

sexus, atque conditio delinquentis sunt attendenda, et non solum secundum praedicta, sed secundum locum et tempus, quo delictum committitur, unicuique poenitentia debet indici, cum idem excessus magis sit in uno, quam in alio puniendus. — Die Hauptstelle aus welcher man die allgemeine Lehre von der geringern Strafbarkeit der Gehülfen herleiten will, ist §. 2. ibid. Illi etiam, qui non ut ferirent, sed ut percussoribus opem ferrent, si forte per aliorum violentiam impedirentur, paulo minori debent poena mulctari: quia cum scriptum sit: Qui potuit hominem liberare a morte, et non liberavit, eum occidit: constat ab homicidii reatu immunes non esse, qui occisoribus opem contra alios praestare venerunt, *nec caret scrupulo societatis occultae, qui manifesto facinori desinit obviare.* Sowohl aus diesen letztern Worten, als aus der oben angeführten, im Eingange der Stelle aufgestellten allgemeinen Ansicht ergiebt sich aber wohl, daß man unmöglich daraus den Satz ziehen kann daß die Gehülfen immer geringer gestraft werden sollen, sondern daß die Bestimmung des cap. 6. nur auf den grade vorliegenden Fall gerichtet ist, und, was wohl bemerkt werden muß, nur von der kanonischen Buße spricht.

4) Art. 177. Item so jemand eynem mißthäter zu übung eyner mißthat wissentlicher und geverlicher weiß einicherley hilff, beistandt oder förderung, wie das alles namen hat, thut, ist peinlich zu straffen, als aber vorsteht, in eynem fall anderst denn inn dem andern, darumb sollen inn diesen fellen, die urtheyler mit berichtung der verhandlung, auch wie solchs an leib oder leben soll gestrafft werden, als obsteht radts pflegen.

aber zu viel auf die bloß äußere Verschiedenheit der Willensäußerung, und zu wenig auf den ihr zum Grunde liegenden rechtswidrigen Willen gesehen, wodurch eben jene Unterscheidungen wohl zu zahlreich und zu abstrakt geworden sind, als daß darauf eine innerlich nothwendige Verschiedenheit der Strafe gegründet werden könnte; manche derselben verstehen sich auch von selbst und sind völlig überflüssig. [5])

§. 35.

2) Von den Urhebern und Anstiftern eines Verbrechens.

Mittermaier, Ueber den Begriff, die Arten und die Strafbarkeit des Urhebers. Im Neuen Archiv Bd. III. Stck 1. S. 125.

Ein Verbrechen kann 1) entweder durch die physische Thätigkeit eines Menschen begangen, oder durch die geistige Würksamkeit desselben insofern veranlaßt werden, als Jemand sich eines Andern zur Ausführung seiner verbrecherischen Absicht bedient. [1]) In Beziehung auf diesen letztern

---

5) So theilt man die Theilnahme ein, in eine unmittelbare, mittelbare, physische, intellektuelle, vertragsmäßige, nicht vertragsmäßige, vorhergehende, gleichzeitige, nachfolgende, allgemeine, besondere, durch positive Handlungen geäußerte oder durch Unterlassungen an den Tag gelegte u. dergl. mehr. Vergl. Wächter Lehrb. Th. I. §. 87. Das französische Recht macht durch seine konkrete Fassung die nähere Eintheilung der Theilnehmer des Verbrechens überflüssig. Code pènal art. 59 — 63.

1) Den Anstifter pflegt die neuere Theorie gewöhnlich den intellektuellen, den würklichen Thäter dagegen den physischen Urheber zu nennen. Mittermaier (N. A. Bd. III. Stck 1. S. 125.) schlägt dafür vor, den physischen Urheber durch das Wort Thäter zu bezeichnen, und den s. g. intellektuellen Urheber, Urheber schlechthin zu nennen. — Die Benennung: Anstifter dürfte für den letztern wohl passender seyn.

Fall ist nun hier zunächst die Frage zu erörtern, durch welche Handlungen Jemand sich einer solchen Anstiftung schuldig mache. — Im Allgemeinen gehört zum Vorhandenseyn derselben, der Wille des Anstifters, [2]) ein Verbrechen durch einen Andern vollführen zu lassen, und sich dieses Andern als eines Mittels zu seinem Zwecke zu bedienen; es muß somit ein selbstständiges Intresse des Anstifters an der Begehung des in Rede stehenden Verbrechens vorhanden seyn. Diese Schuld des Anstifters wird aber dadurch nicht verringert oder aufgehoben daß der zur Begehung des Verbrechens Veranlaßte, auch ein Intresse daran hat, vorausgesetzt daß die Mittel, deren sich der Anstifter bediente, würklich auch einen Einfluß auf ihn hatten. [3]) Die einfache Aufforderung kann aber als ein solches nicht angesehen werden, wenn nicht [4]) noch andre Bedingungen hinzutreten. Dagegen gehört zu diesen Mitteln: a) der Auftrag [5]) zu einem Verbrechen, der freilich in der Würklichkeit nicht vorkommen wird, ohne daß von dem Auftraggebenden ein Vortheil gewährt, ein Geschenk gegeben oder versprochen, oder eine Drohung hinzugefügt worden ist. Unter dieser

---

2) Deshalb giebt es keine kulpose Anstiftung durch unvorsichtige Aeußerungen u. dergl., und es sind diese wenn sie nicht in ein besonderes Verbrechen übergehen nicht strafbar.

3) Andrer Meinung ist Mittermaier Bd. III. Stck 1. S. 129. Dagegen ist es vollkommen richtig, wenn derselbe Schriftsteller (Ebendas.) bemerkt: daß die bloße allgemeine Erweckung verbrecherischer Gesinnungen im nachherigen Thäter, ohne ein bestimmtes Verbrechen hervorbringen zu wollen, Niemanden zum Urheber macht.

4) §. 11. J. de obl. quae ex del. (IV. 1.) Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

5) Tittmann Handbuch §. 105 und 106.

Voraussetzung ist es aber gleichgültig, ob der Auftrag ausdrücklich oder durch deutliche Zeichen gegeben wurde;[6]) ging der Beauftragte über seinen Auftrag hinaus, so haftet der Auftraggebende wegen des hieraus entstandenen Verbrechens zwar auch, aber es läßt sich ein geringeres Maaß von Strafe für denselben völlig rechtfertigen; b) Ein ertheilter Rath[7]) wenn damit eine Ueberredung oder Verführung verbunden ist; c) Der ernstlich gemeinte Befehl;[8]) d) Der Zwang, die Bitte und die Ueberredung, vorausgesetzt daß überhaupt hierbei die allgemeinen Erfordernisse der Anstiftung vorhanden sind,[9]) und endlich e) die hinterlistige Erweckung eines Irrthums bei einem Andern.[10]) Die neuern Gesetzgebungen erkennen sämmtlich die Strafbarkeit des Anstifters an.[11])

---

6) Ein ganz stillschweigender Auftrag ist freilich nicht möglich.

7) fr. 50. §. 3. D. de furtis (XLVII. 2.) Consilium dare videtur, qui *persuadet* et *impellit* atque *instruit* consilio ad furtum faciendum. fr. 11. §. 6. D. de injur. (XLVII. 10.) Si *persuaserim* alicui alias nolenti, ut mihi ad injuriam faciendam obediret, posse injuriarum mecum agi. — Ist bei dem Rathsertheilenden nicht dieses selbstständige Intresse an der Begehung des Verbrechens vorhanden, so kömmt derselbe nur als Gehülfe in Betracht. Der Rath muß übrigens speciell und instruktiv seyn. Tittmann Handbuch §. 108.

8) Tittmann Handbuch §. 107. fr. 7. §. 4. D. arborum furtim caesarum (XLVII. 6.) fr. 1. §. 12. D. de vi et vi armata. (XLIII. 16.)

9) Tittmann Ebendas. §. 109.

10) Ein Beispiel hiervon führt Mittermaier an, im neuen Arch. Bd. III. Stck 1. S. 142.

11) §. 67. Allg. preuß. Landr. II. 20. Wer sich eines Andern zu Ausführung eines Verbrechens bedient, wird eben so bestraft, wie derjenige, welcher ein solches Verbrechen selbst und unmittelbar begangen hat. — §. 77. Ist der Rathgeber bei der

2) Wenn mehrere physische Urheber bei einem und demselben Verbrechen konkurrirten, so kömmt es zunächst darauf an, ob sich dieselben vorher vertragsmäßig verbündeten oder

---

Vollziehung der That gegenwärtig gewesen, so wird er zugleich als Urheber angesehen. §. 78. Wer einen Andern durch Trunk, oder sonst mit Vorsatz, in Umstände setzt daß derselbe das Vermögen mit Freiheit und Ueberlegung zu handeln verliert, der ist wegen des dadurch veranlaßten Verbrechens verantwortlich. Bairisches Strafgesetzbuch Art. 46. Unter den — Urhebern — — ist begriffen: wer durch ausdrückliche Rathertheilung, durch Auftrag, durch Versprechen, oder Geben eines Lohns, durch Gewalt, Drohung oder Befehl, oder endlich durch absichtliche Erregung oder Benutzung eines Irrthums den Vollbringer der That zur Ausführung derselben bestimmt hat. — Wer aber durch Reden oder Handlungen unabsichtlich eines Andern gesetzwidrigen Entschluß veranlaßt, soll nach den Gesetzen über Fahrlässigkeit, und wer den von einem Andern schon gefaßten Entschluß zur Begehung eines Verbrechens, durch Rath, Auftrag und dergl. bestärkt hat, nach dem Gesetze wider Gehülfen beurtheilt werden. Art. 47. Einem Urheber durch Befehl, Auftrag und dergl. ist nicht nur diejenige That zuzurechnen, worauf dessen Willenserklärung, ausdrücklich und namentlich gerichtet war, sondern auch I) jedes nicht ausdrücklich ausgenommene Verbrechen, welches der Vollbringer als Mittel zur Ausführung des ihm übertragenen Verbrechens begangen hat; desgleichen II) jedes Verbrechen, welches als Folge aus der übertragenen Handlung entstanden ist, soweit es dem Uebertragenden zuzurechnen wäre, wenn er selbst diese Handlung ausgeführt hätte. Art. 48. Wenn aber I) von dem Vollbringer statt des ihm übertragenen Verbrechens ein anderes ausgeführt worden ist, welches weder als Mittel, noch als Folge mit dem übertragenen in Verbindung steht, so ist der Vollmachtgeber oder andre mittelbare Urheber nach den Gesetzen wider den nächsten Versuch des übertragenen Verbrechens zu strafen. II) War das Verbrechen, welches der Vollbringer als Mittel zur Ausführung der übertragenen Hauptthat begangen, von dem mittelbaren Urheber bestimmt ausgenommen, so ist diesem bloß die vollführte Hauptthat, und wenn diese unausgeführt gebliebeu, bloß der nächste Versuch zu dem übertragenen Verbrechen zuzurechnen. III) Wenn endlich der mittelbare Urheber dem Vollbringer zugleich die Art der Ausführung vorgeschrieben, dieser aber mit Ueberschreitung der bestimmten Gränzen, die That

nicht. Wie sich im letztern Falle die Urheber von den Gehülfen unterscheiden, wird theils weiter unten (§. 36.), theils an den betreffenden Orten im besondern Theile, (namentlich in der Lehre vom Diebstahl und der Tödtung,) untersucht werden. Die vertragsmäßige Verbindung Mehrerer zur Begehung eines Verbrechens nennt man Complott, [12]) wozu theils ein, vor der Begehung des Verbrechens eingegangener Vertrag, theils die vertragsmäßige Theilnahme an dem Verbrechen selbst gehört. Die Bande wird gewöhnlich durch ein Complott definirt, welches zur Begehung nicht eines einzelnen, sondern einer gewissen Gattung von Verbrechen eingegangen worden. [13])

---

unter beschwerenden Umständen vollzogen hat, so ist jener zwar des entstandenen Verbrechens, jedoch ohne Rücksicht auf die nicht beabsichteten strafbareren Eigenschaften desselben für schuldig zu erkennen. Oestreich. Gesetzb. über Verbr. u. s. w. §. 5. Nicht der unmittelbare Thäter allein wird des Verbrechens schuldig, sondern auch jeder, der durch Befehl, Anrathen, Unterricht, Lob, die Uebelthat eingeleitet, vorsetzlich veranlaßt, zu ihrer Ausübung durch absichtliche Herbeischaffung der Mittel, Hintanhaltung der Hindernisse, oder auf was immer für eine Art Vorschub gegeben, Hülfe geleistet, zu ihrer sichern Vollstreckung beigetragen; auch wer nur vorläufig sich mit dem Thäter über die nach vollbrachter That ihm zu leistende Hülfe und Beistand, oder über einen Antheil an Gewinn und Vortheil einverstanden hat. Code pènal art. 60. Seront punis comme complices d'une action qualifièe crime ou delit, ou qui par dons, promesses, menaces, abus d'autoritè ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoquè à cette action, ou donnè des instructions pour la commettre.

12) W. v. Schirach Entwickelung der Lehre vom Komplott. Im Neuen Archiv des Cr. R. Bd. I. Stck 4. S. 516 ff. Vergl. C. C. C. Art. 148.

13) Tittmann Handb. §. 102 u. 103. Unter den Theilnehmern der Bande oder des Complotts kann wieder der Anstifter, welcher den Entschluß der Uebrigen zur That bewürkte, der Rädelsführer,

§. 36.

3) Von den Gehülfen.

Der Unterschied des bloßen Gehülfen von dem Urheber dürfte sich wohl im Allgemeinen am richtigsten so bestimmen lassen, daß derjenige, welcher die Haupthandlung begeht, die das Verbrechen ausmacht, der Urheber ist, (mithin z. B. der, welcher würklich bei einer Mordthat (die eigentlich tödtliche Handlung vornimmt, bei einer Brandstiftung der, welcher das Feuer anlegt,) wogegen Derjenige, der eine andre, diese That unterstützende Handlung wissentlich vornimmt, nur als Gehülfe angesehen werden kann. [1]) Einen würklich kulposen Gehülfen giebt es aber nach unserm positiven Rechte nicht, [2]) und es kann die unvorsichtige Handlung, welche wider den Willen und die Absicht dessen, der sie unternimmt, ein Verbrechen unterstützt nur als Polizeiverbrechen bestraft werden, wenn es als solches verpönt ist. [3]) Die obige Unterscheidung, wobei also die nähere Feststellung der Gränze zwischen dem Urheber und Gehülfen bloß von der Individualität der einzelnen Verbrechen abhängt, erleidet aber dadurch manche Ausnahme, daß die

---

welcher die Handlungen, die zur Vollbringung der That nöthig waren, angab, und der Anführer, welcher die verbrecherischen Unternehmungen bei der Ausführung selbst leitete unterschieden werden. Baierisches Strafgesetzb. Art. 50 — 54.

1) Henke Hdbch Th. I. S. 527. und S. 288 u. 290.

2) Die C. C. C. Art. 177. verlangt daß der Beistand, „wissentlich und geverlicher weiß" geleistet worden sey.

3) Der Versuch der Beihülfe kann bei manchen Verbrechen allerdings an sich strafbar erscheinen, z. B. beim Hochverrath. In andern Fällen wird er auf vorherige Verabredung schließen lassen, wieder in andern Fällen wird er einen Versuch eines selbstständigen Verbrechens enthalten, — wo beides aber nicht der Fall ist, sich auch

positiven Gesetze, [4]) manche Gattungen der Gehülfen mit den Urhebern in dieselbe Klasse stellen, — welches, sobald bei beiden dasselbe Intresse vorhanden war, entschieden zu billigen ist. Auch alsdann wird jene Unterscheidung überflüssig, wo Urheber und Gehülfen sich vorher verbündeten, weil alsdann, wenigstens nach der Meinung der ältern und der meisten heutigen Criminalisten, gleiche Strafbarkeit für alle Theilnehmer eintritt und Alle wegen aller Handlungen die kraft des Vertrages begangen sind, gleich verantwortlich werden. [5]) Die neuern Strafrechtslehrer unterscheiden nun

---

wohl nicht beweisen lassen. — Die Neuern sind in Beziehung auf die Strafbarkeit des Versuchs der Beihülfe verschiedener Meinung, ohne die einzelnen praktischen Fälle zu unterscheiden. Siehe hierüber Wächter Th. I. §. 90. Note 87. 3.

4) §. 74. Preuß. Landr. II. 20. Wenn Jemand auch ohne vorgängige Verabredung zu einer Zeit, da die That ausgeführt wird, durch Handreichung, Wache halten, oder sonst, Hülfe leistet; so wird er in Ansehung der That, bei welcher er wissentlich und freiwillig hilft, als Miturheber angesehn. Code pènal art. 60. Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou delit — — (nämlich nach art. 59. mit derselben Strafe wie der Urheber selbst,) — — ceux qui auront procurè des armes, des instrumens ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils devoient y servir; Ceux qui auront avec connaissance, aidè ou assistè l'auteur ou les auteurs del' action, dans les faits qui l'auront consommèe; sans prejudice des peines qui seront specialement portès par le present Code, contre les auteurs de complots ou de provocations attentoires à la suretè interieure ou exterieure del'etat, même dans le cas où le crime, qui etoit l'objet des conspirateurs ou des provocateurs, n'auroit pas etè commis. — Bairisches Strafgesetzbuch Art. 73 — 80. Hiernach werden drei Grade der Gehülfen unterschieden. Die Handreichung und unmittelbare Theilnahme bei der That selbst begründet keine Miturheberschaft, sondern bloß eine Beihülfe des ersten Grades. Art. 74. III.

5) Vergl. Wächter Lehrb. Th. I. S. 151. Neuere Schrift-

nahe und entfernte Gehülfen, [6]) je nachdem dieselben mehr oder weniger die Hauptthat befördern, auch Haupt- und Nebengehülfen, [7]) ferner mittelbare und unmittelbare, [8]) gleichartige und ungleichartige [9]) physische und intellektuelle Gehülfen. Auch hier haben dergleichen allgemeine Eintheilungen nur einen Werth, wenn sie eine praktische Bedeutung haben, d. h. wenn sich würklich aus ihnen eine Verschiedenheit der Strafwürdigkeit des Gehülfen ableiten läßt.

§. 37.

4) Von den Begünstigern.

Püttmann Diss. de crimine conniventiae Lips. 1785 in Opuscul. Nr. 3.

Wächter Lehrb. Th. I. §. 91.

Ein Verbrechen kann theils vor, theils nach der That begünstigt werden. Vor der That wird es faktisch durch Nichtverhinderung, also besonders durch Nichtanzeige begün-

---

steller heben den Fall hervor, wo Jemand seine Beihülfe zwar vor der That versprochen hat, aber ohne Intresse an der Vollbringung der gemeinschaftlichen That. Alsdann soll kein Complott, sondern bloß ein Vertrag zwischen Urhebern und Gehülfen vorhanden seyn. (v. Schirach im Neuen Arch. Bd. I. Stck 4. S. 520.) In den Gesetzen hat diese subtile Unterscheidung keinen Grund, und der Natur der Sache nach dürfte wohl nur darauf zu sehen seyn, ob der welcher seine Beihülfe versprach, es wußte, daß dieselbe zu einem Verbrechen dienen sollte oder nicht.

6) Wächter Lehrb. §. 87. Note 75.

7) Wächter Lehrb. Th. I. §. 90. Note 87. 2.

8) Feuerbach Lehrb. §. 51.

9) Ueber die Bedeutung dieser Eintheilung s. Wächter Th. I. §. 90. Note 87. 1.

stigt, aber hier ist es gemeinrechtlich sehr bestritten, ob und in welchen Fällen, abgesehen von besondern Amtsverpflichtungen, (wo darüber kein Zweifel obwaltet,) eine Verpflichtung zur Verhinderung statt finde. Die C. C. C. [1]) spricht ganz allgemein von allen denen, die wissentlich und gefährlicher Weise, Hülf, Beistand oder Fürderung thun, „oder wie das Alles Namen hat," und hierin ist denn auch wohl der Fall der böslichen Nichtverhinderung begriffen, und zwar namentlich wo dieselbe vor Begehung der That versprochen ist. [2]) Doch außer diesem Falle wird man aus Gründen des öffentlichen Wohls wohl behaupten müssen, daß die Nichtanzeige wenigstens schwererer Verbrechen strafbar, und daß es ebenfalls eine strafbare Begünstigung sey, wenn Jemand aus würklicher Bosheit, eine Handlung unterließ wodurch er ohne sich selbst einer Gefahr auszusetzen,

---

1) Art. 177.

2) Das römische Recht sagt fr. 50. D. de Reg. Jur. (L. 17.) Culpa caret, qui scit sed prohibere non potest. Bestritten ist die Lesart des fr. 109. ibid. Nullum crimen patitur is qui non prohibet cum prohibere (non) potest. (Vergl. Wächter Lehrb. Th. I. S. 154. oben.) Besonders hervorgehoben und für strafbar erklärt wird das Mitwissen im Falle des Verwandtenmordes, fr. 2. und 6. D. de Lege Pompeja de Parric. (XLVIII. 9.) In Beziehung auf die Münzfälschung heißt es fr. 9. §. 1. D. de Leg. Cornel. de fals. (XLVIII. 10.) Eadem poena afficitur etiam is, qui cum prohibere tale quid posset, non prohibuit. — (Vergl. auch c. 1. C. de falsa moneta (IX. 24.)) Vornämlich legt das SCtum Silanianum, den Sklaven bei Lebensstrafe die Verpflichtung auf, den Tod des Herrn zu verhindern. (D. de SCto Silan. XXIX. 5.) In Beziehung auf den Hochverrath heißt es: c. 5. §. 6. C. ad Leg. Jul. maj. Id quod de praedictis — — — cavimus, etiam de — — consciis — — — simili severitate censemus. — Im kanonischen Rechte heißt es ganz allgemein: c. 7. C. XXIII. qu. 4. — Qui enim non repellat a socio injuriam si potest, tam est in vitio, quam ille qui facit. — — —

des Andern Leben, Gesundheit oder Eigenthum retten konnte. Aber der Beweis des dolus wird hier in den meisten Fällen unendlich schwierig seyn, und die Theorie wie die Praxis des gemeinen Rechts stellen hierüber keine allgemein angenommenen Grundsätze auf. Die ältern deutschen Strafrechtslehrer sehen, indem sie sich mehr an einzelne Bestimmungen des römischen Rechts anschließen, hauptsächlich die Nichtverhinderung schwererer Verbrechen als strafbar an, [3]) oder sie schränken den Begriff dieser Art der Begünstigung auf die Fälle ein, [4]) wo ein Gesetz ausdrücklich die Verhinderung gebietet, oder eine besondere Amtsverbindlichkeit obwaltet, oder sie nehmen eudlich an, daß außer dem Falle wo besondere Gesetze sie anordnen, nur die Verhinderung der Staatsverbrechen allgemeine Bürgerpflicht sey. [5]) Unter den neuern Gesetzgebungen dehnt das preußische Landrecht und das bairische Strafgesetzbuch, diese Verpflichtung aller Bürger zur Verhinderung noch nicht begangener Verbrechen am weitesten aus; [6]) auch das östreichische

---

3) Z. B. *Böhmer* Meditationes in C. C. C. art. 177. §. VII. Er fordert jedoch bloß die Anzeige eines bevorstehenden Verbrechens, nicht positive Vertheidigung eines dritten Angegriffenen.

4) Tittmann Hdbch §. 111. läßt die Verbindlichkeit zur Verhinderung außer den obigen Fällen alsdann eintreten, wenn für Jemand, wegen natürlicher oder anderer Verhältnisse eine Fürsorge für den Bedroheten statt findet, also namentlich für Aeltern, Kinder, Geschwister, Eheleute, Vorgesetzte und Pflegebefohlene, Geschäfts-, Lehr- und Dienstherrschaften und ihre Diener und Gehülfen, Lehrlinge und Dienstboten. Feuerbach Lehrb. §. 49. nennt diese Begünstigung eine negative Beihülfe.

5) Martin Lehrbuch §. 77.

6) §. 80. Preuß. Landr. II. 20. Wer von einem Verbrechen, wodurch die Sicherheit des Staats, oder Leben, Gesundheit, Ehre oder Vermögen eines Menschen einer erheblichen Gefahr aus-

Gesetzbuch [7]) über Verbrechen u. s. w. erklärt jeden der einem Verbrechen durch Hintanhaltung der Hindernisse, oder auf was immer für eine Art Vorschub gegeben oder ein Verbrechen zu hindern aus Bosheit unterlassen hat, da er es doch leicht, ohne sich einer Gefahr auszusetzen hätte hindern können, für strafbar; das französische Strafrecht dagegen hebt als strafbare Begünstigung nur die Nichtanzeige der Verbrechen hervor, welche die äußere oder innere Sicherheit des Staats gefährden. [8]) Der Begünstigung

---

gesetzt worden, vor dessen Ausführung Wissenschaft erhält, ist schuldig, dasselbe durch Anzeige bei der Obrigkeit, oder durch Benachrichtigung dessen, gegen welchen das Unternehmen gerichtet ist, zu verhindern. §. 81. Fehlt es ihm an Zeit und Gelegenheit, das Verbrechen durch obrigkeitliche Hülfe, oder durch Benachrichtigung dessen, welcher dabei Gefahr läuft zu hintertreiben, so muß er selbst, so weit es ohne seine eigene oder eines Dritten beträchtliche Gefahr geschehen kann, dasselbe zu hintertreiben bemüht seyn. Vergl. §. 782. und 783. Ebendas. Bairisches Strafgesetzbuch Art. 78. Jeder Unterthan ist schuldig, Verbrechen oder Vergehen, welche in seiner Gegenwart vorbereitet oder angefangen werden, oder von welchen er sonst weiß, daß sie geschehen sollen, entweder durch schleunige Anzeige bei der nächsten Obrigkeit, oder durch Warnung der dadurch gefährdeten Person und im Falle der Unthunlichkeit des Vorigen, durch Herbeirufen oder Herbeiholen Anderer, oder durch sonstige in seiner Macht habende Mittel, so weit es ohne Gefahr für ihn selbst oder für einen Dritten geschehen kann, zu verhindern. — — — (Dieser Fall bildet im bairischen Strafgesetzbuche den dritten Grad der Beihülfe.)

7) Th. I. §. 5. § 191. Von der Nichtverhinderung des Hochverraths spricht Th. I. §. 54.

8) Code pènal Art. 103. Toutes personnes qui, ayant eu connaissance de complots formès ou de crimes projetès contre la sûretè intérieure ou exterieure de l'Etat, n'auront pas fait la declaration de ces complots ou crimes, et n'auront pas revelès au gouvernement, ou aux autoritès administratives ou de police judiciaire, les circonstances qui en seront venues a leur connaissance, le tout dans les vingt quatre heures qui auront

eines schon begangenen Verbrechens macht sich dagegen schuldig, wer dem Verbrecher dazu behülflich ist, daß er sich den für ihn nachtheiligen Folgen des Verbrechens entziehen kann, also namentlich, wer die Flucht desselben befördert, ihn verhehlt, oder die Spuren der That, um die Untersuchung zu vereiteln oder zu erschweren, vernichtet, [9]) ferner wer ihm dazu hilft, daß er die Früchte seines Verbrechens genießen oder in Sicherheit bringen kann, mithin wer gestohlene oder geraubte Sachen kauft, umtauscht, oder aufbewahrt und verbirgt, [10]) endlich wer auch nur wis-

---

suivi ladite connaissance, seront, lors même qu'elles seroient reconnues exemptes de toute complicitè, punies, pour le seul fait de non-revelation, de la manière et selon les dispositions qui suivent. Vergl. auch Code pènal art. 136. und 144. Es sind übrigens nach Code pènal art. 107. Ehegatten, Ascendenten, Descendenten, Geschwister und in demselben Grade verschwägerte Personen von der Verpflichtung zur Anzeige ausgenommen, welche Disposition unbedingten Beifall verdient.

9) Hierher gehört z. B. das absichtliche und geflissentliche Wegschütten vergifteter Speisen um die Erhebung des Thatbestandes unmöglich zu machen.

10) Das römische Recht hebt diese Fälle der strafbaren Begünstigung an mehreren Stellen hervor. fr. 48. §. 1. D. de furtis (XLVII. 2.) Qui novit (furem) furti non tenetur, qui celat, hoc ipso tenetur. fr. 1. D. de receptatoribus (XLVII. 16.) Pessimum genus est receptatorum, sine quibus nemo latere diu potest. — — — In pari causa habendi sunt, qui cum adprehendere latrones possent, pecunia accepta, vel subreptorum parte demiserunt. fr. 1. pr. D. de fugitiv. (XI. 4.) Is qui fugitivum celavit, fur est. fr. 11. §. 2. D. de servo corrupto (XI. 3.) c. 9. C. ad leg. Jul. de vi. (IX. 12.) Crimen non dissimile est rapere. et ei qui rapuit, raptam (rem) scientem delictum servare. C. C. C. Art. 177. Art. 40. Item so eyner wissentlich und geverlicher weiß von geraubtem und gestolnem gut, beut oder theyl nimbt, oder so eyner die thetter wissentlich und geverlicher weiß etzt oder drenckt, auch die thetter oder obgemelt unrecht gut gar oder zum

sentlich an den Folgen des Verbrechens Theil nimmt und sich Sachen der oben genannten Art schenken läßt, [11]) weil

---

theyl wissentlich annimpt, heymlich verbirgt, beherbergt, verkaufft oder vertreibt, oder so jemand den thettern, sunst in andere dergleichen weg, geverlich fürderung, radt oder beistandt thut, oder inn iren thaten unziemlich gemeynschaft mit ihnen hatte, Ist auch eyn anzeygung peinlich zu fragen. Diese Fälle sind ohne Zweifel auch in dem Art. 177. unter dem allgemeinen Ausdrucke: „und wie das Alles Namen hatt" begriffen. — Von Vielen wird dieses jedoch bezweifelt; vergl. Wächter Th. I. §. 91. Note 89. Bairisches Strafgesetzbuch Art. 85. Wer Uebelthäter bei sich aufnimmt oder verbirgt, wer ihnen zur Flucht, zur Unterdrückung der Spuren oder Beweismittel ihres Verbrechens behülflich ist; wer die durch das Verbrechen gewonnenen Sachen wissentlich bei sich aufnimmt, verbirgt, an sich kauft, bei Andern durch Verkauf oder sonst unterbringt, der soll, wenn er solche Begünstigungen wie ein Gewerbe treibt, gleich den Gehülfen des zweiten Grades (Art. 77.) bestraft werden. Dieser gewerbsmäßigen Begünstigung ist für überwiesen zu achten, wer den Beweis gegen sich hat, daß er aus eigennütziger Absicht schon vorhin wenigstens bei zweien zu verschiedener Zeit begangenen Verbrechen oder Vergehen derselben oder ähnlichen Art sich einer solchen Begünstigung schuldig gemacht habe. — Nach Art. 86. wird diese Art der Begünstigung milder bestraft, wenn sie nicht gewerbsmäßig getrieben wurde. — Nach dem östreichischen Gesetzb. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 193 — 197. gehören hieher die Fälle wo Jemand den Verbrecher verbirgt, oder den ihm bekannten Verbrechern Unterschleif giebt, oder ihre Zusammenkünfte, da er sie hindern konnte, begünstigt, oder die Flucht befördert. Der Fall wo Jemand gestohlenes Gut verhehlt an sich bringt oder verhandelt enthält eine Theilnahme am Diebstahl (Th. I. §. 165.) Code pènal art. 61. Ceux qui, connoissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûretè de l'état, la paix publique, les personnes ou les propriètès, leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de reunion, seront punis comme les complices. Art. 62; Ceux qui sciemment auront recélè, en tout ou en partie, des choses enlevèes, détournèes ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un delit, seront aussi punis comme les complices de ce crime ou de ce delit.

11) §. 83. Preuß. Landr. II. 20. Hat Jemand an den

er dadurch auch immer die Sache dem rechten Eigenthümer entziehen hilft. Die bloße Genehmigung und Billigung [12]) des Verbrechens, kann dagegen zwar unter Umständen als ein Indicium der vorhergehenden Verabredung angesehen werden, auch, (z. B. bei Staatsverbrechen,) ein besonderes Verbrechen bilden, ist aber an sich keine Begünstigung. Sehr bestritten ist es nun aber, ob auch ohne spezielle Verbindlichkeit zur Anzeige jeder Unterthan verpflichtet sey, begangene Verbrechen anzuzeigen. Dieses wird bei dem Mangel positiver gemeinrechtlicher Prinzipien über diesen Punkt, von den meisten Strafrechtslehrern bezweifelt; [13]) am richtigsten dürfte es wohl seyn, aus den-

---

Vortheilen eines Verbrechens nach dessen Ausführung wissentlich und freiwillig Theil genommen, so trifft ihn eine solche Ahndung, die der ordentlichen Strafe desjenigen Verbrechens von welchem er Nutzen gezogen hat, am nächsten kommt.

12) fr. 152. §. 2. D. de Reg. Jur. (L. 17.) In maleficio ratihabitio mandato aequiparatur. fr. 1. §. 14. D. de vi et de vi arm. (XLIII. 16.) In unser heutiges Recht läßt sich diese Ansicht, die der Consequenz des römischen Aktionensystems ihren Ursprung verdankt, nicht übertragen.

13) Dem ältern germanischen Rechte ist eine allgemeine Verpflichtung zur Denunciation oder Anklage völlig fremd und es gilt der Grundsatz: daß man Niemanden zu einer Klage zwingen soll, die er nicht angefangen hat, und daß Jeder seinen Schaden verschweigen kann; (Sächs. Landr. Buch 1. Art. 62.) ein Grundsatz, welcher mit den leitenden Principien des germanischen Proceßsystems überhaupt auf's genaueste zusammenhängt. — Eine nur scheinbare Ausnahme liegt darin daß der, welcher einen Dieb ergriffen und gebunden hat ihn nicht mehr loslassen kann, sondern vor Gericht stellen muß, (s. z. B. Lex Ripuariorum Tit. LXXIII. (75.) in *Walter* Corp. Jur. germ. T. I. P. I. p. 189. De homine ligato absque judicio dimisso und Jütisches Lorsbuch Buch III. Cap. 91.) — denn hier ist ja schon das (schlechte) Gerüft geschrieen und die Klage muß nun vollführt werden. — Jene Freiheit die Klage nicht

selben Gründen, aus welchen die Anzeige vor begangenem Verbrechen gefordert wird, eben diese Verpflichtung auch für den Fall eintreten zu lassen, wo durch die rechtzeitige Anzeige noch ein Nachtheil von Jemanden abgewendet werden kann, namentlich also wo gestohlene und geraubte Sachen durch dieselbe dem Eigenthümer wieder zugestellt werden können, oder eine entführte Person dadurch ihre Freiheit wieder erhalten kann. Von dieser Ansicht geht auch die preußische Criminalordnung [14]) aus; das französische Recht [15]) setzt keine Strafe auf die unterlassene Anzeige, wenn damit nicht eine Handlung konkurrit, die den

---

anzustellen ist aber auch in die C. C. C. Art. 214. übergegangen, wo ausdrücklich festgesetzt wird daß Niemand wider seinen Willen eine peinliche Klage anrzustellen genöthigt seyn solle, daß aber, wo der Beschädigte nicht peinlich klagen will, die Obrigkeit den Thäter nichtsdestoweniger von Amtswegen rechtfertigen soll. — An diese Ansicht schließt sich auch noch Carpzov an. (Pract. rer. crim. P. III. Qu. 104. Nr. 52. 53. 54.) — Aus andern Gründen sind die Neuern gegen die Verpflichtung zur Anzeige begangener Verbrechen z. B. Henke Hdbch Th. I. S. 282.

14) §. 10. Crim. Ord. Wer Kenntniß hat, wo eine entführte Person oder gestohlne, oder geraubte Sachen versteckt sind, ist verbunden, der Obrigkeit ohne Zeitverlust davon Anzeige zu thun. §. 11. Die Unterlassung dieser Bürgerpflicht soll mit einer Geldbuße bis funfzig Thaler, oder Gefängnißstrafe bis auf sechs Wochen geahndet werden. §. 7. Jedermann im Staate, ohne Unterschied des Standes, ist schuldig, dem Richter auf Erfordern, bei Vermeidung einer angemessenen Ahndung, alles dasjenige mitzutheilen, was ihm in Beziehung auf ein zu untersuchendes Verbrechen, oder den Thäter bekannt ist.

15) Code d'instruction crim. art. 30. Toute personne qui aura etè témoin d'un attentat, soit contre la sûretè publique, soit contre la vie ou la proprietè d'un individu, sera pareillement tenue d'en donner avis au procureur-royal soit du lieu du crime ou delit, où le prevenu pourra etre trouvè.

Verschweigenden der Complizität schuldig macht. Die östreichische Strafgesetzgebung [16]) spricht nur von einer Verpflichtung zur Entdeckung des Verbrechens, wenn die Obrigkeit nachforscht oder wenn das begangene Verbrechen ein Hochverrath ist, das bairische Strafgesetzbuch [17]) dagegen dehnt diese Bürgerpflicht überhaupt auf die Anzeige schwererer Verbrechen aus.

---

16) Th. I. §. 55. Auch derjenige macht sich mitschuldig, der einen ihm bekannten des Hochverrathes schuldigen Verbrecher der Obrigkeit anzuzeigen, bedächtlich unterläßt, wofern nicht aus den Umständen erhellet, daß der unterbleibenden Anzeige ungeachtet, eine schädliche Folge nicht mehr zu besorgen ist. §. 193. — — Wenn Jemand der nachforschenden Obrigkeit die zur Entdeckung des Verbrechers, oder des Thäters dienlichen Anzeigungen verheimlicht, — — — — Vergl. wegen der nahen Verwandten, die von dieser Disposition ausgenommen sind §. 196.

17) Art. 87. Wer von einem begangenen Verbrechen oder von dessen Schuldigen weiß und seine Wissenschaft der Obrigkeit mitzutheilen unterläßt, soll, wenn er zugleich durch sein Amt zur Anzeige verpflichtet war, gleich den Gehülfen des dritten Grades (Art. 78.), nebst der Degradation oder Dienstesentlassung bestraft werden. Art. 88. Andere Personen, außer den vorgenannten, leiden wegen unterlassener Anzeige nur dann eine Strafe, wenn das begangene Verbrechen die Todes-, Ketten- oder Zuchthausstrafe nach sich zieht, und die Untersuchung oder Bestrafung des Verbrechers durch die Verheimlichung erschwert oder vereitelt worden ist. — — — Blutsverwandte in auf- und absteigender Linie, leibliche Geschwister, Ehegatten und im nächsten Grade Verschwägerte, sind nach Art 89. und 79. weder vor der Begehung des Verbrechens noch nachher zur Anzeige verpflichtet, und werden auch allein durch solche Begünstigungen die nur den Schutz des Verbrechers zur Folge haben, nicht strafbar.

Zweiter Abschnitt.

Von der Strafe.

Erstes Kapitel.

Von der Strafe überhaupt, in sittlicher und politischer Beziehung.

§. 38.

Von der Strafe in sittlicher Beziehung.

Die historische Erfahrung zeigt, daß bei allen Völkern und zu allen Zeiten Uebelthaten mit einem physischen Leiden, der Strafe, belegt sind, auch schon lange bevor man über die Nützlichkeitsbeziehungen derselben anfing zu reflectiren. Dieses Faktum nun zu begreifen, d. h. die menschliche Vernunft mit dieser historischen Erscheinung zu einigen, oder was dasselbe ist, das Vernünftige in derselben aufzufinden, ist die Sache der Rechtsphilosophie. — Dabei kömmt es aber darauf an, das höchste, in sich nothwendige Gesetz dieser Erscheinung zu erkennen, und eine tiefer gehende Forschung kann sich mit der bloß äußern und empirischen Beziehung der Strafe auf menschliche Zwecke, wenn diese als das Höchste und Letzte bei derselben hingestellt werden sollen, schon aus dem Grunde nicht begnügen,

weil dabei die Strafe bloß für etwas von Menschen Erfundenes und Erdachtes ausgegeben wird, während, wie bemerkt, dieselbe doch schon lange vor aller Reflexion über ihren Nutzen und Zweck in der Geschichte vorkömmt. Reicht man nun mit jenen s. g. Theorieen nicht einmal bei der Erklärung des Faktischen aus, so kann eine philosophische Forschung dabei um so weniger stehen bleiben, als es ihre Aufgabe ist, grade das innerlich Nothwendige, oder die Idee der Erscheinung aufzufassen. Auf diese, oder auf die sittliche Seite der Strafe gehen aber jene Zwecktheorieen gar nicht ein, weil sie sich überhaupt nicht über die Form der Strafe erheben, welche dieselbe in unsern heutigen bürgerlich-gesellschaftlichen Verhältnissen hat. Der Punkt auf den es bei dem Begreifen der Strafe hauptsächlich ankommt, nämlich der Zusammenhang unsrer bürgerlichen Strafe mit der ewigen, von Gott selbst gesetzten sittlichen Ordnung der Welt, — wird bei den also geführten Untersuchungen mithin gar nicht berührt. — Eine solche sittliche Weltordnung, oder ein die Welt regierendes in sich vernünftiges Sittengesetz, setzen wir hier aber voraus. Des Menschen Verhältniß zu demselben ist ein freies, er kann dem Sittengesetze folgen und zuwiderhandeln. Das Zuwiderhandeln gegen diese göttliche Ordnung, ist eben das Verbrechen, (im sittlichen Sinne.) Ist dieses aber begangen, so entsteht die Frage, ob es hierbei d. h. bei dieser Störung der geistigen Weltordnung bleiben und sein Bewenden haben kann, oder ob nicht vielmehr jenes Zuwiderhandeln gegen die sittliche Ordnung schon durch sich selbst und durch sein bloßes Hervortreten, eine Wiederherstellung oder vielmehr ein Aufrechthalten derselben erfordert? Würde diese Frage mit Nein beantwortet, so würde damit zugleich auch behauptet, daß die sittliche Weltordnung ei-

gentlich gar nicht vorhanden sey, von deren Annahme wir ausgingen, oder daß es in der Macht der menschlichen Willkühr stehe, dieselbe beliebig zu vernichten. — Nun kann freilich der Mensch kraft seiner Freiheit der sittlichen Ordnung zuwiderhandeln, aber sie wird durch diese subjektive Freiheit nicht aufgehoben, sobald auf jenes Zuwiderhandeln eine Folge eintritt, wodurch die Ordnung wiederhergestellt wird; mit Recht kann man also sagen, daß um dieser sittlichen Ordnung willen, und damit die Nothwendigkeit des sittlichen Gesetzes und die Freiheit des Menschen neben einander gedacht werden können, das Verbrechen (im sittlichen Sinne) seinem Begriffe nach, eine Folge voraussetze, kraft welcher die Ordnung der Welt in Beziehung auf den Zuwiderhandelnden wiederhergestellt, oder, wie man richtiger sagen muß, aufrecht erhalten wird. Diese Folge [1]) kann aber nichts Andres seyn als ein Leiden des Zuwiderhandelnden, indem die Glückseeligkeit eben in der Harmonie mit der Ordnung der Welt, (oder mit Gott) besteht, und es muß ferner dieses Leiden bei dem Menschen ein physisches seyn, weil der Körper die Werkstätte und der Lebensgefährte der Seele ist. — Diese nothwendige Folge des Zuwiderhandelns gegen die sittliche Ordnung der Welt ist nun die Strafe, und diese deshalb eben so, und in demselben Sinne nothwendig, als irgend eine arithmetische Wahrheit; sie ist zugleich, weil sie durch die menschliche Freiheit herbeigeführt wird, eine Vergel-

---

1) Auf die Frage, warum diese nothwendige Folge des Zuwiderhandelns nun nicht sofort und unmittelbar jeder Störung der sittlichen Ordnung auf dem Fuße folge? kann hier nur erwiedert werden: weil es nach dem Willen Gottes eine Geschichte geben, und die menschliche Freiheit auch äußerlich Raum behalten sollte sich zu äußern.

tung der Schuld. [2]) Es ist aber völlig falsch von derselben, wie es häufig geschieht, als von einem Uebel zu sprechen, da nur die Sünde, als das Zuwiderhandeln gegen die göttliche Ordnung wahrhaft ein Uebel ist. — Dieses Gesetz der Welt spricht sich aus in dem Gange der Weltgeschichte, ja es ist das eigentliche Grundprinzip derselben, [3]) und es entspricht ihm zugleich ein in der menschlichen Vernunft lebendes, dunkler oder klarer, als Gefühl oder heller Gedanke hervortretendes Bewußtseyn. — Dieses Bewußtseyn des Menschen von der göttlichen Weltordnung, nach welcher die Strafe nothwendig ist, — (welches freilich durch falsche Reflexion verdunkelt und zurückgedrängt werden kann,) ist nun auch der wahre Grund warum in dem Verhältnisse von Rechten und Pflichten zwischen Regenten und Regierten, welches wir Staat nennen, Verbrechen gestraft werden. Die Natur dieser bürgerlichen Ordnung, — welche ebenfalls ein sittliches und unter der Voraussetzung des Zusammenlebens mehrerer Menschen neben einander, innerlich eben so nothwendiges Verhältniß ist, wie das der Familie, — bringt es aber so mit sich, daß nicht der Einzelne gegen den Einzelnen jenes Gesetz vollziehen kann, [4]) sondern daß das Strafrecht im Staate

---

2) Es versteht sich in diesem Zusammenhange wohl von selbst, daß hier nicht von einer bloß äußerlichen Vergeltung des angerichteten sinnlich wahrnehmbaren Schadens, oder von einer eigentlichen Talion die Rede seyn kann. Dieses ist die roheste Form der Auffassung jenes allgemeinen Gesetzes.

3) Schiller sagt: die Weltgeschichte ist das Weltgericht. Maistre nennt die Zeit den Großrichter Gottes.

4) Auf dieser Stufe der Entwickelung steht das Strafrecht in den alten deutschen Volksrechten; aber hier ist das gesellschaftliche Leben auch erst auf dem Uebergangspunkte aus dem Zustande des no-

nur von dem Regenten oder dessen bevollmächtigten Dienern ausgeübt werden darf. [5]) Das Gegentheil würde die Möglichkeit des Bestehens dieses Verhältnisses vernichten. — Das Strafrecht des Regenten liegt mithin in dem sittlichen Gesetze der Gerechtigkeit, welches auf Erden verwürklicht werden soll; er hat nicht nur das Recht, sondern auch, um seines ihm von Gott verliehenen Amtes der Regierung willen, die Pflicht zu strafen. Er würde dieselbe verletzen, wenn er beliebig das Strafamt ruhen lassen wollte, auch abgesehen von allem äußern Nachtheil, den eine solche Milde haben müßte. [6]) Das Bisherige betraf die Idee der Strafe; ihre äußere Erscheinung und das Detail des Strafrechts, besonders in sofern dasselbe die Strafmittel betrifft, ist lediglich Sache der geschichtlichen Entwickelung des Rechts und des Staats, und, wie früher schon bemerkt, die Philosophie weder befugt einzelne nothwendige Stufen derselben, als unvernünftig zu bezeichnen, noch der Gegenwart guten Rath zu ertheilen oder gar a priori Gesetze zu geben. Nichtsdestoweniger liegt der praktische Nutzen der richtigen Auf-

---

madischen Nebeneinanderlebens der Familien, in den einer festern Ordnung.

5) Die Familie und die Kirche sind Sphären wo auch ein Strafrecht gilt, welches nicht vom Regenten ausgeht, und auf welches in unsern occidentalisch-germanischen Staaten der Regent nur einen negativen Einfluß hat. Aber diese Sphären sind auch schon durch die Natur der hier gestatteten Strafmittel, von der bürgerlichen Strafjustiz verschieden.

6) Die Begnadigung und Strafmilderung machen allerdings eine Ausnahme von dem menschlichen Strafrechte, gleichen aber, richtig angewendet, nur eine Discrepanz zwischen dem menschlichen und ewigen Gesetze aus. — Beide lassen sich ebenfalls rechtfertigen, wenn sie durch faktische Verhältnisse als nothwendig geboten werden.

fassung des Wesens der Strafe darin, daß falschen und einseitigen Theorieen dadurch der Weg in die Praxis verschlossen und der Schlaffheit entgegengewürkt wird, die geflissentlich zuweilen schuldige Verbrecher durchschlüpfen läßt; leider wird diese in der Rechtspflege neuerer Zeit nicht selten sichtbar, sie ist aber eines Theils eben so ungerecht und unsittlich als staatsgefährlich, [7]) andern Theils nichts als die nothwendige Folge davon, daß man die sittliche Auffassung des Verbrechens und der Strafe abhanden kommen ließ, welche dem gesammten ältern christlich-germanischen Rechte bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts, mehr oder weniger klar ausgesprochen, zum Grunde liegt. [8]) Am meisten nähern sich dieser und der oben ausgesprochenen Ansicht die s. g. absoluten Strafrechtstheorieen, deren Vertheidiger jedoch, sowohl in Hinsicht der Darstellung und der Begründung ihrer Strafrechtssysteme, als auch in den

---

7) Sehr richtig sagt Hudtwalcker: (in seinen und Trummer's Criminalistischen Beiträgen Bd. I. S. 389.) „Aber wie selten findet man jetzt Männer, die einsehen wollen, daß ihre erste Pflicht als Criminalrichter die ist, daß der wirklich schuldige Verbrecher auch wirklich bestraft werde? Umgekehrt; die meisten suchen ihren Beruf darin, den wirklich schuldigen Verbrecher möglichst gelinde davon kommen zu lassen. Man nennt das Humanität, Billigkeit, Menschlichkeit. Es ist aber Entnervung des Zeitalters, Mangel an Einsicht in das wahre Wesen und den wahren Ursprung des Staatsverbandes und Mangel an rechter Gottesfurcht.

8) Schon Ulpian sagt: fr. 131. D. de Verb. signif. (L. 16.) Poena est noxae *vindicta*. Die C. C. C. Art. 104. befiehlt den Richtern die Strafe: „auß lieb der gerechtigkeyt, und umb gemeynes nutz willen zu ordnen und zu machen," — und bezeichnet damit sowohl die vindikative Natur als die politische Seite der Strafe, freilich ohne zu wissen wie diese wenigen Worte die umfassendste und richtigste Strafrechtstheorie enthalten, die je aufgestellt worden ist oder aufgestellt werden kann.

Resultaten zu denen sie gelangen sehr von einander abweichen. [9])

§. 39.

Von den politischen Beziehungen der Strafe.

Indem die Strafe in den Kreis des Staatslebens tritt, erscheint sie aber auch zugleich ganz von selbst als ein Mittel der Aufrechthaltung des rechtlichen Zustandes, indem, wenn sie nicht vorhanden wäre, allerdings keine menschliche Staatsverbindung bestehen könnte. — Diesen natürlichen Effekt hat die Strafe nun ganz von selbst, und ohne daß die Obrigkeit, welche Strafgesetze giebt oder sie anwendet darüber reflectirt; nur in sofern dieses geschieht, und insofern die Obrigkeit sich darauf legt, durch die Strafe den einen oder andern Effekt derselben vorzugsweise und geflissentlich herbeizuführen, kann man von Strafzwecken sprechen; denn es versteht sich von selbst, daß von Zwecken nur in Beziehung auf ein reflectirendes Subjekt die Rede seyn kann. Der ordentliche Effekt der Strafe ist nun aber ein mehrfacher; der gemeinschaftliche höchste

---

9) J. Kant (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Königsberg 1798 (2te Aufl.) S. 225 ff.) stellt freilich die Strafe als ein Produkt der Gerechtigkeit dar, drückt sich dabei aber in einer Weise aus, daß man glauben sollte, er vertheidige die materielle Wiedervergeltung und die ganz rohe sinnliche Talion. — Die politischen Beziehungen der Strafe berücksichtigt er gar nicht. — Die übrigens in ihrem Prinzip richtige Ansicht wurde von manchen seiner Anhänger, zwar weiter ausgeführt, aber zur Karrikatur verzerrt. Die Vertheidiger der absoluten Strafrechtstheorieen sind aufgeführt in Wächter's Lehrbuch I. §. 23. a. Unter den neuesten Gegnern dieser Ansicht von der Strafe ist zu nennen: Oersted Grundregeln der Strafgesetzgebung S. 13 - 38. der indessen zunächst nur die Art und Weise wie manche Vertheidiger sich ausgedrückt haben, bestreitet, auf die Sache selbst sich aber eigentlich gar nicht einläßt.

Gesichtspunkt jedoch, unter welchen diese mehreren Würkungen sich bringen lassen, ist immer die Beförderung des allgemeinen Nutzens. Es hat nämlich die Strafe in Beziehung auf das Allgemeine die Würkung, daß schon ihre Androhung Furcht verbreitet und dadurch Manchen von der Begehung der Verbrechen abhält. [1]) Will die Obrigkeit diesen Effekt der Strafe sichern, so ist es nothwendig daß sie dafür sorge daß der Glaube an den Ernst ihrer Gerechtigkeit nicht untergehe, und dieses bewürkt sie weniger durch die Publikation von Strafgesetzbüchern, welche von der Masse des Volks nicht gelesen werden, als durch strenge Handhabung der bestehenden Gesetze und dadurch daß diese nicht zu oft abgeändert werden. [2]) Dieselbe Würkung hat auch die Anwendung der Strafe selbst,

---

1) Auf dieses an sich richtige Faktum hat Feuerbach die s. g. Theorie des psychologischen Zwanges gegründet. Siehe dessen Revision u. s. w. Bd. I. S. 1 — 73. und dessen Lehrbuch §. 8 — 20. Abgesehen von den übrigen Einwendungen welche sich gegen diese Theorie erheben lassen, sobald sie mit Uebersehung aller übrigen Momente als die allein richtige hingestellt werden soll, so ist es falsch von einem psychologischen Zwange zu sprechen, den die Gesetze ausüben sollen. Höbe würklich die Strafdrohung die Freiheit des Menschen auf, so könnten erweislich gar keine mit Strafe bedroheten Handlungen mehr begangen werden. Die meisten Verbrecher fürchten die Strafe zwar, hoffen ihr aber zu entgehen. Zudem giebt es Menschen die sich auch über die angedrohete Strafe wegzusetzen im Stande sind, und diese über sich nehmen.

2) Es versteht sich von selbst, daß wenn Handlungen, welche an sich gleichgültig sind, durch besondere Gesetze für Verbrechen erklärt werden, dergleichen Gesetze durch alle zweckdienlichen Mittel, nicht bloß durch den Druck, zu Jedermann's Kenntniß gebracht werden müssen. Vergl. oben §. 23. Uebrigens ist es nothwendig daß das Strafgesetzbuch ebenfalls wenigstens gedruckt, und daß das Strafrecht eines Staates kein Geheimniß sey, damit Jeder sich, sobald er will, die nöthige Kenntniß desselben verschaffen könne.

bei Allen, welche von derselben eine Kenntniß erhalten, und es kann derjenige, welcher etwa zu Verbrechen hinneigt, sich an derselben ein Beispiel nehmen. [3]) Mit Recht kann man also sagen, daß die Strafe abschrecke, und mithin manchen Verbrechen zuvorkomme. Ja insofern der Verbrecher selbst durch die Strafe auf einige Zeit oder für immer aus der bürgerlichen Gesellschaft entfernt wird, ist diese für immer oder auf einige Zeit vor ihm gesichert, [4]) und es ist der Menschlichkeit wie der Staatsklugheit angemessen, wenn die Obrigkeit die Strafen, bei denen dieses möglich ist, und besonders die Gefängnißstrafen, so einrichtet, daß dadurch eine Besserung bewürkt werde. [5]) Endlich läßt

---

3) Auch dieses ist kein Effekt, den die Strafe in allen Fällen nothwendig haben muß; selbst auf dem Richtplatze und in den Assisensitzungen werden Diebstähle verübt. Aber mit Recht kann man fragen, was geschehen würde, wenn die Strafe nicht wäre?

4) Man hat hierauf die s. g. Präventionstheorie gegründet. Ueber die Vertheidiger derselben s. Henke Hdbch Bd. I. S. 62. Note 3. In Deutschland ist sie vornämlich vertheidigt durch Grolman, Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, nebst einer Entwickelung der Lehre von dem Maaßstabe der Strafen und der jurid. Imputation. Gießen 1799. Angenommen ist diese Theorie vornämlich von Tittmann Hdbch Bd. I. §. 18 — 27. Dieser Schriftsteller behauptet wörtlich: „Nur derjenige darf gestraft werden, von dem eine künftige Verletzung des Rechtsgebietes wahrscheinlich ist.“

5) E. Spangenberg Ueber die sittliche und bürgerliche Besserung der Verbrecher, mittelst des Pönitentiarsystems, als den einzigen zulässigen Zweck jeder Strafe u. s. w. frei nach dem Englischen. Landshut 1821. — So achtbar das diesem Systeme zum Grunde liegende Prinzip ist, so führt die konsequente Durchführung desselben, wenn dabei die wahre Natur und der eigentliche Charakter der Strafe übersehen wird, zu einer unheilbringenden Weichlichkeit der Rechtspflege, ja es kann gar nicht mehr von eigentlicher Strafe, sondern nur von Belehrung und Unterstützung die Rede seyn.

es sich auch nicht übersehen daß die Strafe in vielen Fällen, ein Mittel zur Genugthuung des durch ein Verbrechen Beleidigten ist, der, wenn dieselbe nicht vorhanden wäre, zur gewaltsamen Privatrache schreiten würde. Alle diese Effekte hat nun die Strafe würklich, aber es ist falsch, eine dieser Seiten mit Zurücksetzung aller übrigen hervorzuheben, und von ihr zu behaupten, daß sie allein den wahren Strafzweck enthalte. Hierin liegt auch das Irrthümliche der neuern s. g. relativen Strafrechtstheorieen, welche die Strafe nicht als etwas um der Gerechtigkeit willen Nothwendiges, sondern um eines äußern Zweckes willen Verhängtes darstellen wollen. [6]) Abgesehen von diesem Grundirrthume gehen die meisten derselben von einem an sich richtigen Gesichtspunkte aus, und werden nur dadurch falsch und einseitig, daß sie diesen für den alleinigen und höchsten ausgeben. Diesem Uebelstande haben neuere Criminalisten dadurch zu entgehen gesucht, daß sie mehrere jener Zwecke, welche die Strafe haben soll, in ihre Theorie aufnahmen; sobald aber diesen gemischten Theorieen, der wahre höchste und gemeinschaftliche Gesichtspunkt, — die Nothwendigkeit der Vergeltung der Schuld, — aus welchem die Strafe betrachtet werden muß, fehlt, so läßt sich auch auf sie, die gegen die relativen Theorieen überhaupt statt findende Einwendung anwenden: daß sie der, auch schon in dem gesunden Gefühl jedes Menschen begründeten Forderung, nicht genügen, daß die Strafe sich auf das in der Vergangenheit liegende Verbrechen, nicht auf einen an-

---

6) Herrschend geworden ist diese Richtung besonders durch Beccarias bekanntes Buch, welches vornämlich gegen die wahrhaft natürlichen Grundsätze des Strafrechts gerichtet ist, und besonders in Deutschland, die Quelle einer Unzahl von falschen Theorieen geworden ist.

dern äußern, mit dem in Rede stehenden Verbrechen nur zufällig zusammenhängenden Zweck, oder auf etwas in der Zukunft Liegendes beziehen müsse. [7]) Außerdem haben Andere der Strafe eine Begründung zu geben versucht, indem sie dieselbe aus der früher gangbaren Chimäre eines allgemeinen Staatsvertrages, oder auch aus einem besondern Vertrage jedes Einzelnen mit der Obrigkeit sich bestrafen zu lassen, herleiten wollen. Es fällt aber, wie sich von selbst versteht mit jener Fiktion, welche die Basis dieser Ansicht von

---

7) Ueber die synkretistischen Theorieen s. Wächter Lehrb. Th. I. §. 27. Die Ansicht von Welcker, (Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt. Gießen 1813. S. 249 — 275.) gehört nicht zu diesen. Welcker nimmt sieben Strafzwecke an: 1) moralische, 2) politische Besserung des Verbrechers, 3) Wiederherstellung der Achtung und des Zutrauens seiner Mitbürger gegen ihn, 4) Wiederherstellung der rechtlichen Willensstimmung bei den Bürgern überhaupt, ihrer sittlichen und politischen Achtung des Rechts, 5) Wiederherstellung der Ehre und Achtung des Beleidigten, 6) Wiederherstellung seiner rechtlichen Willensstimmung und 7) Reinigung des Staats von dem ganz verderblichen Mitgliede. Ausdrücklich aber setzt der Verfasser hinzu, womit wir der Sache nach, und abgesehen von dem Ausdrucke, vollkommen übereinstimmen: „Alle diese Zwecke finden ihre Vereinigung und ihren Rechtsgrund in dem Einen Gedanken der Aufhebung des durch die Schuld des Verbrechers bestehenden intellectuellen Schadens oder Mangels des rechtlichen Willens und seines Princips. Kein bloß politischer Zweck, sondern unmittelbar die Idee der Gerechtigkeit, und ihre erste Forderung, die Vernichtung des Ungerechten, steht an der Spitze dieses Strafrechts. Nie fällt der Mensch als bloßes Mittel für fremden Zweck, sondern als Opfer seiner eignen Schuld und der Gerechtigkeit, mit welcher er versöhnt werden soll. Es wird nicht der Mensch, sondern seine böse That gestraft und vernichtet.“ — Somit erkennt also der Verfasser ausdrücklich die Strafe als etwas aus der Idee der Gerechtigkeit Stammendes an, und es ist mithin nicht richtig, wenn man die von ihm aufgestellte Ansicht von der Strafe den s. g. gemischten Systemen beizählen will.

der Strafe bildet, und welche, fast gründlicher widerlegt als sie es verdient, heutzutage wohl nur noch wenige Anhänger zählen dürfte, auch das darauf gegründete Gebäude von selbst zusammen. [8]) Noch Andere brachten die Strafe unter das Begriffsschema der Vertheidigung und Nothwehr oder Selbsterhaltung. Insofern nun in dieser Ansicht auch zugleich, nur in anderer Einkleidung, das Prinzip der Aufrechterhaltung der rechtlichen Ordnung des Staates, und der Abwehr einer Störung derselben zum Grunde liegt, ist für und wider dieselbe Alles das sagen, was für und wider die bloß politische Betrachtungsweise der Strafe gesagt werden kann. Außerdem aber ist die Art und Weise, wie dieses allen relativen Theorieen zum Grunde liegende Prinzip hier ausgedrückt ist, durchaus nicht zu billigen. Wird die Strafe bloß als ein Mittel der Selbsterhaltung angesehen, und die Berechtigung zu dieser durch das bloße Faktum der Existenz des Staates begründet, so wird diesem zugleich die höhere Berechtigung zur Strafe entzogen; der Staat und der Verbrecher stehen dann einander gleich, denn beide existiren, und mit eben demselben Rechte wie der Staat, kann sich der Verbrecher, (also auch jede hochverrätherische Faktion und jede Räuberbande, die ja ohnedieß in so vielen Fällen in offenbarem Kriegszustande mit der bestehenden Ordnung der Gesellschaft leben,) auf die allgemeine

---

8) Die Lehre vom contrat social ist ein Grunddogma der gesammten Revolutionsphilosophie. Die umständliche Widerlegung desselben gehört dem Gebiete der Philosophie des Staats und Rechts an, und würde über die Gränze einer Darstellung des Strafrechts hinausgehen. — Der contrat social bildet aber die Grundlage aller jener Schriften, welche (s. oben S. 70.) das alte Fundament des Strafrechts bei allen christlich-germanischen Nationen erschütterten. Ueber die neuern Philosopheme, welche die Strafe aus einem Vertrage herleiten s. Henke Hdch Bd. I. S. 81.

Befugniß: die eigne Existenz mit Gewalt zu schützen, und sich gegen jede Beeinträchtigung derselben mit Gewalt und Verletzung des Andern zu vertheidigen, berufen. Dann entscheidet nur das, in vielen Fällen so zweifelhafte, Recht des Stärkern. Damit ist aber auch zugleich der wahre Gesichtspunkt, daß das Verbrechen das Unrecht und die Obrigkeit ihm gegenüber allein berechtigt so wie daß es die Pflicht der Obrigkeit sey zu strafen, und das eigenthümliche Recht des Verbrechens bestraft zu werden, — dieser wahre Gesichtspunkt ist bei jener Ansicht von der Strafe in einem Grade verschoben wie bei keiner andern der relativen Theorieen, und von der Gerechtigkeit der Strafe kann hiernach gar nicht mehr die Rede seyn. [9]) — Von den Grundsätzen, welche dem gesammten ältern Strafrechte des christ-

---

9) Ueber die Selbsterhaltungs- oder Nothwehrstheorie s. Wächter Lehrb. Th. I. §. 26. Henke Handb. Th. I. S. 106 — 115. Vertheidigt wird jene Ansicht vornämlich von Gottlob Ernst Schulze Leitfaden der Entwickelung der philosophischen Principien des bürgerl. und peinl. Rechts. Göttingen 1813. Aus dem römischen Rechte ließe sich übrigens, — wenn anders einzelne Stellen desselben über die Grundidee des Strafrechts entscheiden, und diese feststellen könnten, — eine Art Bestätigung der Vertheidigungstheorie herleiten. Die Römer gebrauchen in Beziehung auf den Hochverrath die Ausdrücke: perduellio, und hostilis animus, welche allerdings vom Kriege hergenommen sind. fr. 234. pr. D. de verbor. signif. (L. 16.) sagt: Quos nos hostes appellamus, eos veteres perduelles appellabant, per eam adjectionem *indicantes*, *cum quibus bellum esset.* Vergleiche auch Roßhirt Lehrb. S. 228. Note 6. Vielleicht ist es eine Folge dieser Ansicht, wenn die c. 5. §. 1. C. ad. leg. Jul. Maj. (IX. 8.) sagt: *Filii* vero ejus, quibus *vitam* imperatoria specialiter *lenitate* concedimus, (*paterno enim deberent perire supplicio* — — —) a materna vel avita, omnium etiam proximorum haereditate habeantur alieni. — Denn im Kriege muß auch der Unschuldige mit dem Schuldigen leiden, wenn er auch bloß möglicher Weise gefährlich werden kann, oder der Nutzen des Siegers es also fordert.

lichen Europa's zur Basis dienten ist schon früher die Rede gewesen. [10]) Diese Ansicht liegt freilich dem nichtchristlichen römischen Rechte nicht zum Grunde, aber es ist um so wichtiger zu untersuchen, von welchen Prinzipien dieses ausgegangen sey, als man sich häufig auf das römische Recht berufen hat, um hieraus unterstützende Argumente für die einzelnen Theorieen über Zweck und Natur der Strafe herzuleiten. Allerdings finden sich nun einzelne Stellen in den Schriften der römischen Juristen, wo diese gelegentlich eine Reflexion über das Wesen der Strafe einflechten, aber es ist eine irrige Vorstellung, wenn man glaubt daß das im Laufe der Jahrhunderte entstandene römische Strafrecht, welches sich lediglich aus dem, jedesmal bei der Abfassung eines Gesetzes unmittelbar vorliegenden Bedürfnisse entwickelt hat, und mithin schon nach der Geschichte seiner Entstehung nicht a priori gemacht seyn kann, auf eine moderne Theorie gegründet gewesen seyn könne. — Diesen Anspruch machten auch die römischen Juristen selbst nicht, wenn sie eine solche Ansicht aussprechen, und es fiel ihnen wohl nicht ein, dadurch alle andern Gesichtspunkte, aus denen die Strafe möglicher Weise betrachtet werden kann, verwerfen zu wollen. [11]) Aber selbst wenn dieses ihre Ansicht gewesen wäre, so würde unmöglich jenen Reflexionen eine philosophische Autorität, auch für die heutige Zeit, beigelegt werden können, und sie würden doch nur einen historischen Werth haben. Die gelegentlichen, in den

---

10) Vergl. oben §. 5. und §. 9.

11) Hugo Lehrbuch des Naturrechts §. 13. „Bei den Römern war die Philosophie ihnen etwas vom wirklichen Leben gar zu entferntes, — — — — Sie dachten überhaupt nicht an philosophische Untersuchungen über das positive Recht, sondern an etwas in ihrem täglichen Leben vorkommendes."

Quellen des heutigen römischen Rechts zerstreuten Bemerkungen über den Zweck der Strafe, betreffen aber theils die Besserung des Schuldigen, [12]) theils die Warnung [13]) desselben; auch der Abschreckung des Schuldigen von ähnlichen Verbrechen, [14]) und des durch die Strafe gegebenen abschreckenden Beispiels [15]) wird Erwähnung gethan, und daneben auch der Genugthuung gedacht, welche die Strafe den Verwandten des Verletzten gewährt. [16]) Uebrigens ist durchaus nicht zu übersehen daß

---

12) fr. 20. D. de poeuis (XLVIII. 19.) Poena constituitur in emendationem hominum. Nov. XII. c. 1. — ut discat caste vivere.

13) fr. 28. §. 3. D. de poenis (XLVIII. 19.) Solent quidam, qui vulgo se juvenes appellant, in quibusdam civitatibus turbulentibus se declamationibus popularium se accommodare, qui si amplius nihil admiserint, nec ante sint a praeside admoniti, fustibus caesi dimittuntur; *quod si ita correcti* in iisdem apprehendantur, exilio puniendi sunt, scilicet cum saepius seditiose et turbulente se gesserunt, et aliquotiens adprehensi tractati clementius, in eadem temeritate perseveraverint. c. 14. C. de poenis (IX. 47.) — ne ad maleficia temere quisquam prosiliat.

14) c. 20. C. de furtis (VI. 2.) — ne ex hujusmodi impunitate et in alium servum hoc facere pertentet. fr. 6. D. de custod. reor. (XLVIII. 3.) — ne quid et aliud postea tale facere moliatur.

15) fr. 31. pr. D. deposit. (XVI. 3.) — male meritus publice, ut exemplo aliis *ad deterrenda maleficia* sit, etiam egestate laborare debet. §. 8. J. de obl. quae ex del. (IV. 1.) ne ex hujusmodi impunitate tale facinus a quibusdam impetretur. c. 1. C. ad leg. Jul. repet. (IX. 27.) — ut unius poena metus esse possit multorum.

16) fr. 28. §. 15. D. de poenis (XLVIII. 19.) Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos, compluribus placuit, ut et conspectu deterreantur alii ab iisdem facino-

dieſe verſtändigen Berechnungen des Effekts der Strafe erſt ſpät angeſtellt wurden, und daß die ältere Grundlage des römiſchen Strafrechts eine religiöſe iſt. [17])

---

ribus, et solatio sit cognatis interemptorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent.

17) Vergl. *Abegg* De antiquissimo Romanorum Jure criminali p. 44. seqq.

Zweites Kapitel.

Von den Strafmitteln.

§. 40.

Von den Strafmitteln überhaupt.

Die Wahl der Mittel, welche zur Bestrafung der Verbrecher dienen, hängt meistentheils von dem herkömmlichen Rechte ab, und eben deswegen auf das Genaueste mit der Verfassung des Volks und den bei ihm hergebrachten Ansichten und vielen andern rein faktischen Voraussetzungen zusammen. Aus diesem Grunde können auch hier eben so wenig, wie überhaupt im positiven und praktischen Rechte allgemeine und abstrakte Regeln von Nutzen seyn, und es läßt sich daher im Allgemeinen über die Natur der Strafmittel nur so viel sagen, daß dieselben theils dem Verbrechen, theils der Person und den sonstigen Umständen des Verbrechers angemessen seyn müssen. Es ist daher keineswegs wohlgethan, wenn die Theorie den Gesetzgeber, und dieser den Richter zu sehr in der Wahl der Strafmittel beschränkt, und für alle Verbrechen ohne Rücksicht auf ihre Individualität, oder alle Menschen ohne Rücksicht auf Alter, Stand und sonstige bürgerliche und menschliche Verhältnisse, ein und dasselbe Strafmittel bestimmt. Eben so wenig läßt es sich billigen, wenn erprobte und altherkömmliche Strafmittel, neuen und abstrakten Theorieen zu Gefallen aufgegeben werden. In Deutschland ist das mit der römischen Verfassung genau zusammenhängende römische

Strafsystem [1]) in Beziehung auf die Strafmittel nicht rezipirt, diese haben sich vielmehr im gemeinen Rechte, seit dem Entstehen der öffentlichen Strafen (§. 5. oben) auf eine eigenthümliche Art aus den einheimischen Verhältnissen hervorgebildet. Seit der letzten Hälfte des vorigen Jahrhunderts haben aber die neuern Strafrechtstheorieen und eine oft wohlgemeinte, aber weder praktisch wohlthätige, noch auf richtigen obersten Prinzipien beruhende Milde, auch auf diese Lehre einen großen Einfluß geübt. Die Eintheilung der Strafen in peinliche und bürgerliche, bezieht sich, eben so wie die in öffentliche und Privatstrafen, auf die entsprechende Eintheilung der Verbrechen, [2]) die Eintheilung in bestimmte und unbestimmte, ordentliche und außerordentliche Strafen [3]) dagegen auf die Anwendung der Strafgesetze. Besondre Strafen im Gegensatze der gemeinen sind solche, die nur bei gewissen Personen oder Ständen angewendet werden können. Neuere Gesetzgebungen enthalten übrigens meistentheils, entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch ihre Fassung, die Bestimmung, daß nur auf solche Strafarten erkannt werden dürfe, welche in dem Strafgesetzbuche selbst genannt sind. [4])

---

1) S. Roßhirt Lehrb. §. 63 — 67.

2) S. oben §. 19.

3) S. Wächter Lehrb. §. 96. Das preuß. Landrecht bestimmt, (§. 35. Th. II. 20.) daß wenn die Gesetze eine willkührliche Strafe verordnen, sich dieselbe nicht über Gefängniß von sechs Wochen oder funfzig Thaler Geldstrafe erstrecken dürfe. Diese Bestimmung kömmt in der preußischen Criminalrechtspflege jedoch nur dann zur Anwendung, wenn das Gesetz sich des Ausdrucks „willkührliche Strafe" bedient. (Rescr. v. 7ten Febr. 1815. v. Kamptz Jahrb. Bd. V. S. 32.)

4) Im preußischen Strafrechte setzt dieses ein Rescript vom

§. 41.

Von der Todesstrafe.

Die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Todesstrafe ist seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts heftig in Zweifel gezogen worden, wie es, nachdem man einmal von den richtigen Prinzipien des Staatsrechts und Strafrechts abgekommen war, und nachdem man Staat und Strafe lediglich als auf menschlicher Uebereinkunft beruhend ansah, nicht füglich anders geschehen konnte. Hat nun gleich diese falsche Ansicht auf die Gesetzgebung, mit Ausnahme weniger verunglückten Versuche im vorigen Jahrhundert, keinen Einfluß auf die Strafgesetzgebung gewinnen können, so ist sie dennoch für die Rechtspflege um so schädlicher geworden, als es grade jene Zweifel an der Befugniß der höchsten Obrigkeit über Leben und Tod der Verbrecher sind, welche die verderbliche Richtung einer falschen Milde unterstützen und zur Beruhigung der Richter und Aerzte dienen, so oft sie den Schuldigen der verdienten Strafe entziehen. In der That ist aber die Todesstrafe, sowohl wenn man dieselbe von der sittlichen als von der politischen Seite auffaßt, nicht bloß zulässig, sondern in vielen Fällen nothwendig. Soll die Strafe eine Vergeltung der Schuld sein, so leuchtet es von selbst ein, daß gewisse Verbrechen so schwer sind, daß, auch schon nach dem gesunden Gerechtigkeitsgefühle unbefangener Menschen, kein anderes menschliches Leiden sie sühnen kann als der Tod des Verbrechers; [1]) die Berechtigung der Obrigkeit, diese

---

12ten Febr. 1810 fest. (S. v. Strombeck Zusätze zum preuß. Cr. R. S. 3.)

1) Der Vorschlag: den Verbrecher leben zu lassen, dafür aber so zu quälen, daß ihm das Leben unerträglicher wäre als der Tod, ist auf der einen Seite nichts weniger als human, auf der andern

Strafe zu verhängen, liegt in dem höhern Gesetze, aus welchem das Recht und die Pflicht derselben zu strafen überhaupt hervorgeht. Es ist also nicht der Mensch der den Menschen tödtet, sondern das ewige Gesetz der Gerechtigkeit, welches die Basis aller menschlichen Strafjustiz ausmacht, befiehlt die Hinrichtung mancher Verbrecher. Aus diesem Grunde dürfte sich vornämlich die Hinrichtung von Mördern rechtfertigen lassen. Ob auch andre Verbrechen, die in Hinsicht der verbrecherischen Willensbestimmung des Thäters und der Schädlichkeit des Effekts der Handlung, dem Morde gleich kommen oder nahe stehen, (z. B. Hochverrath und Brandstiftung) mit dem Tode zu bestrafen seyen, hängt hauptsächlich von der bei einem Volke hergebrachten Ansicht ab, und ist Sache der Criminalpolitik. — Diese nämlich oder die Rücksicht auf das öffentliche Wohl, [2]) kann auch den Tod eines Verbrechers verlangen, wenn seine Unverbesserlichkeit dargethan oder seine Gefährlichkeit so groß ist, daß es nothwendig wird, ihm durch Entziehung des Lebens die Möglichkeit neuer Verbrechen zu benehmen. Zudem wird die Androhung der Todesstrafe durch das Gesetz, (und die gewissenhafte Vollziehung derselben,) unter allen Strafdrohungen am wirksamsten seyn, und die Vollziehung der Todesstrafe sichert auch den reuigen

---

Seite ist dennoch der Tod die schwerste aller Strafen, weil die Hoffnung begnadigt zu werden oder zu entspringen, so weit reicht als das Leben geht, und die Gewohnheit auch einen strengen Arrest erträglich macht.

2) Dieses ist in Beziehung auf die Hinrichtung eines Verbrechers, der den Tod verdient hat, bezweifelt worden, während man es ganz natürlich gefunden hat, daß dem öffentlichen Wohle, im Falle eines Krieges das Leben unzähliger ganz unschuldiger Menschen geopfert wird.

Verbrecher selbst vor dem Rückfalle. [3]) Was die Art und Weise der Vollziehung derselben betrifft, [4]) so hat es schon seit der ältesten Zeit in Deutschland mehrere Arten der Hin-

---

3) Die Litteratur der Bedenken gegen die Todesstrafe findet sich in den Anmerkungen zu Bergks Uebersetzung das Beccarin Bd. II. S. 65. S. auch Wächter Lehrb. Th. I. §. 97.

4) S. *J. Doepler* Theatrum poenarum, suppliciorum et executionum criminalium, oder Schauplatz derer Leibes und Lebensstrafen. Sondershausen 1693. 4. (Eine geschmacklose Compilation, welche aber wegen mancher nicht unintressanten Notizen nicht ohne Werth ist.) G. W. Böhmer Ueber die Wahl der Todesstrafen. Im Neuen Arch. des Cr. R. Bd. IV. Stck 1. S. 56. Stck 3. S. 343. Bd. V. Stck 4. S. 559. Bd. VI. Stck 1. S. 65. (Enthält sehr schätzbare Beiträge zur Geschichte der Strafmittel.) Vergl. auch C. A. Tittmann Beiträge zur Lehre von der Vollstreckung der Strafen Im Neuen Arch. Bd. IV. Stck 2. S. 202. Neueste K. Würtembergische Verordnung über das Verfahren bei Vollziehung der Todesstrafen vom 1sten Mai 1816, mit Anmerkungen. Ebendas. Bd. I. Stck 3. S. 433. — Ueber die römischen Todesstrafen s. Roßhirt Lehrb. S. 121 — 124. *Heineccius* Antiquitat. Rom. Syntagma Lib. IV. Tit. 18. §. 10. *Paulus* Sent. Rec. Lib. V. tit. 17. §. 3. Summa supplicia sunt *crux, crematio, decollatio.* Auch das bestiis objicere und die poena culei kommen vor. Ibid. Tit. 19. §. 1. und tit. 24. §. 1. Gewisse Todesarten wurden im römischen Rechte für unerlaubt angesehen. fr. 8. §. 1. D, de poenis (XLVIII. 19.) Sed animadverti gladio oportet, non securi, vel telo, vel fusti, vel laqueo, vel quo alio modo. Proinde nec liberam mortis facultatem concedendi jus Praesides habent, multo magis vel veneno necandi. Divi tamen fratres rescripserunt permittendum liberam mortis facultatem. fr. 25. §. 1. Ibid. Non potest quis sic damnari, ut de saxo praecipitetur. fr. 10. D. de interdictis et releg. (DXLVIIII. 22.) Der Ausdruck Capitelstrafe umfaßte bei den Römern nicht bloß die Todesstrafe, sondern auch den Verlust der bürgerlichen Rechtsfähigkeit. fr. 2. D. de poenis. (XLVIII. 19.) Rei capitalis damnatum sic accipere debemus, ex qua causa damnato vel mors, vel civitatis amissio vel servitus contingit. fr. 28. §. 1. Ibid. fr. 103. D. de verbor. signif. (L. 16.)

richtung gegeben, welche den Tod langsamer oder schneller und auf eine mehr oder minder schmerzliche Art herbeiführten. Auch hat man früher zur Lebensberaubung häufig noch andere, schmerzliche oder beschimpfende Zusätze gefügt. Zu jenen geschärften (qualificirten) Todesstrafen gehört schon in der Praxis vor der C. C. C. das Viertheilen, Verbrennen, Rädern, Lebendigbegraben und Pfählen, zu den schmerzlichen Zusätzen vornämlich in späterer Zeit, das Kneipen mit glühenden Zangen und das Schleifen zur Richtstätte. [5]) Einfache Todesstrafen dagegen waren das Ertränken, das Hängen und die Enthauptung, [6]) welche letztere für die am mindesten schimpfliche Todesart angesehen wurde. — In neuern Zeiten hat man nun fast allgemein sich gegen die geschärften Todesstrafen erklärt. [7]) Zu den Gründen welche gegen dieselben sprechen könnte man rechnen, daß die Strafjustiz der neuern Zeit es nicht nöthig hat, harte und das Gefühl erschütternde Todesarten anzuwenden, weil Verbrechen, die eine besondre Wildheit und Grausamkeit an den Tag legen, jetzt bei weitem seltener vorkommen als früher, und die polizeilichen Anstalten unsrer modernen Staaten, den früher nothwendigen Grad des Schreckens entbehrlich machen; gegen die völlige Aufhebung der qualifizirten Todesstrafen, wo dieselben noch bestehen, läßt sich dagegen anführen, daß die Gesetzgebung sich alsdann eines Mittels beraubt, die

---

5) S. Roßhirt Lehrb. §. 69. C. C. C. Art. 109. 111. 124. 137. 131. 193. 194.

6) C. C. C. Art. 131. 162. 126. Seit der Erfindung des Schießpulvers schloß sich hieran die Todesstrafe des Erschießens bei dem Militair.

7) S. z. B. Henke Hdbch Th. I. §. 66.

Schuld durch die Strafe auszugleichen, indem unter den todeswürdigen Verbrechen, wie die Erfahrung lehrt, eine große Verschiedenheit der Strafbarkeit möglich ist, [8]) daß die geforderte Abschaffung derselben grade heutzutage um so weniger rathsam ist, als die Erschlaffung der sittlichen Gesinnung und das Verschwinden des Abscheus vor dem Verbrechen nicht noch durch die Gesetzgebung begünstigt werden darf, und daß die schmerzvolle Todesstrafe auch in der Vorstellung des Verbrechers zu lebhaft würkt, als daß bei ihm jene trotzige Todesverachtung aufkommen könnte, welche so leicht entstehen kann wenn er weiß daß der Tod ganz schmerzlos ist, und welche immer ein sehr böses Beispiel giebt. [9]) Ueber die am wenigsten schmerzlichste Todesstrafe ist man noch keineswegs einig und schwankt zwischen der Strafe des Hängens und der Enthauptung; [10])

---

8) Ein Mord kann auch mit unerhörter Grausamkeit begangen, und es können dem Ermordeten muthwillig von dem Mörder die größten Qualen zugefügt werden.

9) Der anonyme Verf. der Schrift: Kritische Beleuchtung des Entwurfes eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Hannover u. s. w. von einem praktischen Rechtsgelehrten. Celle 1827, macht den Vorschlag, mehrere Arten der Todesstrafe bestehen zu lassen, nämlich den Strang, das Schwert und das Rad. Er setzt indessen selbst hinzu: „In unsern Zeiten freilich, wo das Prunken mit Empfindsamkeit an der Tagesordnung ist, wo wohl einem Mörder von zarten Frauen Blumen auf den Weg zum Hochgericht gestreut worden sind, wo man den Schaft des Rades mit empfindsamen Zuschriften geziert hat, in unsern empfindsamen Zeiten wird man Ach und Weh über einen solchen Vorschlag schreien."

10) Für die Strafe des Stranges erklärt sich das österreichische Gesetzbuch über Verbr. u. s. w. §. 10. Th. I., für die Enthauptung das baierische Strafgesetzbuch Art. 5. und der *Code pènal* art. 12. Die beiden letztgenannten Gesetzgebungen lassen in den gesetzlich bestimmten Fällen eine Schärfung derselben zu, und zwar besteht diese nach der baierischen Strafgesetzgebung (Art. 6.) in einer

auch die zweckmäßigste Art der letztern ist bestritten, aber man würde wohl nicht umhin können der Guillotine den Vorzug zu geben, wenn nicht so schreckliche Erinnerungen an dieser Todesart hafteten. — Auch die einfachen Todesarten wurden früher durch beschimpfende Zusätze nach dem Tode geschärft, namentlich durch Aufstecken des Kopfes auf einen Pfahl, durch Verbrennen des Körpers und Aufflechten desselben auf das Rad, welche Schärfungen heutzutage ebenfalls in den meisten Ländern abgeschafft sind. [11]) Vollzogen werden die Todesstrafen vom Scharfrichter, dessen Amt dem ältern deutschen Recht unbekannt

---

halbstündigen Ausstellung an den Pranger unmittelbar vor der Hinrichtung, nach der französischen darin, daß der Hinzurichtende im Hemde, mit bloßen Füßen, das Haupt mit einem schwarzen Schleier verhüllt an den Ort der Hinrichtung geführt und daß ihm unmittelbar vor derselben die rechte Hand abgehauen wird. (Code pènal art. 13.) Ueber die Frage ob die Strafe der Enthauptung wirklich schmerzlos sey und das Bewußtseyn schnell zerstöre? s. *Sömmering*, Sur le supplice de la Guillotine (im Magazin encyclopedique tom. III. p. 473.) Wendt Ueber Enthauptung im Allgem. und über die Hinrichtung Troer's insbesondere. Breslau 1803. Zadig Beweis, daß ein vom Rumpfe getrennter Kopf sogleich das Bewußtseyn verliere. Breslau 1803. Klein Ueber d. Hinrichtung der Verbr. im ält. Arch. des Cr. Rechts. Bd. V. Stck 2. S. 1. und Stck 4. S. 152. Das preußische Landrecht kennt noch die geschärften Todesstrafen des ältern Rechts, namentlich das Rädern von unten herauf und von oben herunter, (z. B. §. 102. Th. II. 20. §. 826.) den Feuertod und selbst die geschärfte Strafe des Feuers. (§. 1512 und 1513 Ebendas.) Der §. 93. Ebendas. spricht sogar von „der härtesten und schreckhaftesten Leibes- und Lebensstrafe," ohne sie näher zu bezeichnen. An die Stelle des Schwerts tritt die Todesstrafe des Beils. Cabinetsordre vom 19ten Juni 1811. G. S. v. 1811. S. 199.

11) In Preußen ist dieses festgesetzt durch ein Rescript vom 22sten September 1810. Matthis Jurist. Monatsschrift Bd. IX. S. 540.

und wahrscheinlich erst mit dem römischen Rechte in Deutschland aufgekommen ist. [12])

§. 42.

Von den Leibesstrafen.

Das ältere deutsche Recht kennt sowohl verstümmelnde als bloß schmerzende Leibesstrafen. Zu den erstern gehört nach der C. C. C. und der ältern Praxis, das Abhauen einer Hand, [1]) das Abschneiden zweier Finger, [2]) das Ausstechen der Augen, [3]) das Abschneiden der Ohren, [4]) und der Zunge. [5]) Erzeugt wurden diese Strafen durch das Bedürfniß, theils die Landesverweisung, mit welcher sie in der Regel verbunden waren zu schärfen, theils den Verwiesenen kenntlich zu machen und ihn an neuen Verbrechen zu verhindern. Sie verloren sich daher im vorigen Jahrhunderte mit dem Verschwinden der Landesverweisung und dem Entstehen und der Vermehrung der Detentionsanstalten. [6]) Außerdem kömmt die körperliche Züchtigung [7])

---

12) Früher vollzog in den deutschen Gerichten gewöhnlich der jüngste Schöffe das Todesurtheil. Ueber die Geschichte des Scharfrichteramts s. *Böhmer* Meditationes in C. C. C. ad art. 92. §. 2. und v. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 552.

1) Art. 159.

2) Art. 107 und 108.

3) Art. 159.

4) Art. 123.

5) Art. 198. S. z. B. auch *Carpzov* Pract. rer. crim. P. I. Qu. 45. Nr. 20.

6) Nur der Code pènal art. 13. kennt noch das Abhauen der Hand als schärfenden Zusatz zur Todesstrafe.

7) Auch das römische Recht nennt unter den Strafen die fustium admonitio, flagellorum castigatio, und die vinculorum verberatio. fr. 7. D. de poenis (XLVIII. 19.) Vergl. Roßhirt Lehrb. §. 65.

im deutschen Rechte schon seit der Zeit vor, wo überhaupt körperliche und öffentliche Strafen in die Stelle der alten Compositionen traten. [8]) In der C. C. C. erscheint das Aushauen mit Ruthen am Pranger als ordentlicher Zusatz der Landesverweisung, [9]) und in der spätern Praxis erhielt sich noch bis gegen Ende des vorigen Jahrhunderts neben der geheimen Züchtigung, (die gewöhnlich unter dem Namen des Stockschillings vorkam,) der Staupenschlag. [10]) Der letztere ist mit der Landesverweisung meistentheils außer Gebrauch gekommen, und die Zweckmäßigkeit der erstern wird in neuester Zeit von vielen Schriftstellern [11]) aus Gründen bestritten, die mit weit größerm

---

8) Die ordentliche Strafe des geringen Diebstahls unter drei Schillingen, war das Haarabscheeren und Ausstäupen; („Richten zu Haut und Haar") Sachsenspiegel Buch II. Art. 13.

9) Z. B. Art. 113. 115. 158. 198. §. 3.

10) S. Tittmann Handbuch §. 66.

11) S. z. B. Henke Handb. Th. I. S. 429. Die körperliche Züchtigung soll für den Rohen durchaus wirkungslos bleiben, denjenigen, in dem das Gefühl der Ehre noch lebt, nur empören und zu Gedanken der Rache begeistern können; auch soll sie der Mündigkeit der heutigen europäischen Völker nicht angemessen seyn. — Nur unter der Bedingung der heimlichen Vollstreckung mittelst einer Maschine, — um die beschämende Gegenwart einer beaufsichtigenden Gerichtsperson überflüssig zu machen, — will Henke die körperliche Züchtigung zulassen. — Gegen diese Argumente läßt sich aber anführen daß die Mündigkeit der europäischen Völker, wenn sie vorhanden wäre, sich am ersten darin offenbaren könnte, daß die mit körperlicher Züchtigung bedroheten Verbrechen unterblieben, daß die Züchtigung das Gefühl des Rohen ihrer Natur nach in Anspruch nehmen muß, wenn sich die Rohheit nicht bis zur Unfähigkeit den körperlichen Schmerz zu empfinden erstreckt, daß sie das Ehrgefühl bei weitem weniger affizirt als der Aufenthalt in den Gefängnissen und Zuchthäusern, wie sie würklich sind, und daß eine mäßige Kenntniß der würklichen Natur der Verbrecher, die zarte Rücksicht, ihnen die

Rechte gegen die öffentlichen Zwangsarbeiten, die Zuchthausstrafe und das Gefängniß geltend gemacht werden könnten. — Mit Recht wird man aber verlangen können, daß diese Strafe nicht ohne sorgfältige Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse, namentlich des Standes des zu Bestrafenden angewendet, und daß sie nicht öffentlich vollstreckt werde, wenn nicht der Bestrafte, nach ausgestandener Strafe aus seinem bisherigen Aufenthaltsorte weggeschafft wird. [12]) Die neuern deutschen Gesetzgebungen [13]) haben dieses Strafmittel nicht entbehren zu können geglaubt, dem französischen Strafrechte ist dasselbe unbekannt; aber es ersetzt diesen Mangel durch seine sonstige Strenge, welche man

---

Gegenwart einer Gerichtsperson bei der Züchtigung zu ersparen, völlig überflüssig macht. — Eben so zeigt die Betrachtung des würklichen Lebens, daß kurze Gefängnißstrafen für manche Stände und Personen aufhören eine Strafe zu seyn, und daß für diese Fälle die körperliche Züchtigung unentbehrlich ist.

12) Diese Rücksicht auf die Zukunft des Bestraften wird bei der öffentlichen Zwangsarbeit, welche der Ehre desselben bei weitem nachtheiliger ist als die Züchtigung, nicht genommen.

13) Das preußische Strafrecht läßt die körperliche Züchtigung nur bei Verbrechern aus der niedrigsten Volksklasse eintreten. Reser. vom 23sten Mai 1812. v. Strombeck Zusätze S. 125. Auch findet eine körperliche Züchtigung bei einer lebenswierigen Beraubung der Freiheit nur in sofern statt, als dieselbe gesetzlich öffentlich, wie z. B. bei dem Staupenschlage, bei der Ausstellung am Schandpfahl vollzogen werden muß. (Cabinetsordre vom 14ten Mai 1811 Ebendas. S. 6.) Verbrecher welche mit dem Staupenschlage belegt sind, sollen, weil derselbe Entehrung bewürkt, in den Zuchthausanstalten von den übrigen Gefangenen abgesondert werden. (Rescript des Minist. des Innern vom 21sten August und 29sten Sept. 1818. Ebendas. S. 318.) Ueber die körperliche Züchtigung welche das österreichische und baierische Strafr. zuläßt s. Oestr. G. B. über Verbr. Th. I. §. 20. Th. II. §. 16. Baierisches Strafgesetzb. Art. 25.

meistentheils in Anschlag zu bringen vergißt, wenn man diese Gesetzgebung auch in diesem Punkte, bewußt oder unbewußt, als die zu befolgende Norm den deutschen Gesetzgebern vorhält. [14])

§. 43.

Von den Freiheitsstrafen.

Das Strafmittel, welches heutzutage am häufigsten und fast ausschließlich zur Anwendung kömmt, ist die Entziehung der Freiheit, welche ihrer Natur nach sowohl in Hinsicht der Dauer als der Beschaffenheit des Gefängnisses, sehr viele Abstufungen erleidet. — In dem ältern deutschen Rechte vor der C. C. C. [1]) wird freilich auch schon, obwohl sehr selten, der Gefängnißstrafe gedacht, aber es versteht sich bei dem damaligen Mangel aller unsrer heutigen Detentionsanstalten von selbst, daß dieselbe nur in sehr eingeschränktem Maaße zur Anwendung kommen konnte. In der C. C. C. [2]) wird ebenfalls des Gefängnisses nur sparsam und mehr als einer Sicherheitsmaaßregel gegen zu besorgende künftige Verbrechen des Uebelthäters gedacht, und in der spätern Praxis des 16ten und 17ten Jahrhunderts wurde auch noch statt ihrer gewöhnlich die Strafe der Landesverweisung, für immer oder auf bestimmte Zeit, und meistentheils in Verbindung mit den oben angeführten Schärfungen gewählt. [3]) Erst im Laufe des siebenzehnten und im

---

14) Die geringste gesetzliche Strafe des einfachen Diebstahls ist einjähriges Gefängniß. (Code pènal art. 401.)

1) Das Kaiserrecht (Buch II. Art. 83 und 85.) setzt auf den freventlichen Bruch des Eheversprechens und auf die Bigamie, lebenswierige Kerkerstrafe. S. auch Bambergensis Art. 223. 202. 222.

2) Art. 176. 195.

3) Die Reception des römischen Rechts, konnte auf das Ent-

vorigen Jahrhunderte entstanden in Deutschland die verschiedenen Arten von Gefängnißanstalten,[4]) (Festungen, Zuchthäuser, Arbeitshäuser, Raspelhäuser, Spinnhäuser, auch wohl Besserungsanstalten genannt,) deren Existenz und Klassifikation nach ihrer innern Schwere, sämmtliche neuere Gesetzgebungen voraussetzen. — Schon fast gleichzeitig mit dem Entstehen dieser Anstalten und bis auf die neueste Zeit, haben sich aber auch Klagen über die schlechte Beschaffenheit und Pläne zur Verbesserung derselben in Europa vernehmen lassen, und schon hieraus geht hervor, welche großen Nachtheile damit verbunden sind, daß man heutzutage sich fast ausschließlich auf dieses Strafmittel beschränkt. —

---

stehen der Freiheitsstrafen in Deutschland keinen Einfluß äußern, weil die Gefängnißstrafen im römischen Rechte selbst nur als Ausnahme von einem allgemeinen Grundprinzip vorkommen. fr. 8. §. 9. D. de poenis (XLVIII. 19.) Solent praesides in carcere continendos damnare, aut ut in vinculis contineantur; sed id eos facere non oportet. Nam hujusmodi poenae interdictae sunt, carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet. Als sie durch den Gebrauch eingeführt waren, wurden wenigstens noch die lebenslänglichen Gefängnißstrafen für unerlaubt gehalten, und durch kaiserliche Constitutionen ausdrücklich verboten. fr. 35. D. Ibid. Mandatis principalibus, quae praesidibus dantur, cavetur ne quis perpetuis vinculis damnetur idque etiam Divus Hadrianus rescripsit. Auch Carpzov (Pract. rer. crim. P. III. Qu. III. Nr. 56 — 62.) sieht die lebenslängliche Freiheitsstrafe auch noch für ein, in der Regel unerlaubtes Strafmittel an, und gestattet dem Richter nur sich ihrer zu bedienen, wo ausdrückliche Gesetze sie gestatten.

4) S. Malblank Geschichte der Peinl. Ger. Ord. §. 17 und 49. Im vorigen Jahrhunderte wurde häufig auf Landesverweisung oder Freiheitsstrafe erkannt, falls zu dieser letztern Art der Bestrafung die Gelegenheit vorhanden wäre. S. Tittmann Hdbch §. 67. Note g. Wagnitz Historische Nachrichten und Bemerkungen über die merkwürdigsten Zuchthäuser in Teutschland. 2 Thle. Halle 1791 — 1794.

Zu diesen dürfte vornämlich die sittliche Verschlechterung der Verbrecher gehören, welche von der gewöhnlich stattfindenden Einrichtung der Gefängnisse unzertrennlich ist. Auf der andern Seite ist es ein wesentlicher Vorzug dieser Strafart, daß eine Verbesserung der Gefängnißanstalten möglich, und daß, wenn dieselbe bewerkstelligt ist, grade mit der Strafe der Freiheitsberaubung auch das Hinwürken auf die Besserung des Verbrechers verbunden werden kann. Für jene Verbesserung des Gefängnißwesens, ohne welche jede Besserung der Gefangenen unmöglich ist, ist in neuester Zeit namentlich in England viel geschehen; die Mittel deren man dort sich bedient hat, und die Resultate zu denen man gelangt seyn will, dürften aber wohl noch einer sehr genauen Prüfung bedürfen, ehe man die erstern auf dem Continent nachahmte. [5]) — Unter den neuern Gesetzgebungen erwähnt, die preußische der Strafe des Festungsbau's, des Zuchthauses, Gefängnisses und Festungsarrestes, ohne daß jedoch das Ver-

---

5) Unter den zahlreichen Schriften über die Verbesserung des Gefängnißwesens sind vornämlich zu nennen: Howard Ueber Gefängnisse und Zuchthäuser, übersetzt von Köster. Leipzig 1780. v. Arnim Bruchstücke über Verbrechen und Strafen. Frankf. und Leipz. 1803. Ueber die Einrichtung der Strafanstalten in Oesterreich. Im Neuen Arch. des Cr. R. Bd. I. Stck. 4. S. 578. Mittermaier Ueber den neuesten Zustand der Gefängnisse in England und Frankreich. Ebendas. Bd. IV. Stck 4. S. 571. Ebenderselbe. Die neuesten Nachrichten über den Zustand der Gefängnisse in Fraukreich. Ebendas. Bd. V. Stck 2. S. 173. Spangenberg Ueber die neuesten Bemühungen in Frankreich, den Zustand der Gefängnisse zu verbessern. Ebendas. Bd. VII. Stck 2. S. 328. Hudtwalcker Neueste Nachrichten über das Gefängnißwesen in Frankreich: (in dessen und Trummers Criminalist. Beitr. Bd. I. Heft 1. S. 156.) Vergl. außerdem dieselbe Zeitschrift Bd. II. S. 80. 220. ff. S. 223. S. 535. Bd. III. S. 70 u. S. 160. —

hältniß dieser Strafarten zu einander festgestellt oder eine gesetzliche, alle Arten der Freiheitsberaubung umfassende Bestimmung über ihre Beschaffenheit im preußischen Landrechte enthalten wäre. [6]) Das österreichische Gesetzbuch über Verbrechen u. s. w. kennt drei Grade der Kerkerstrafe in Hinsicht der Schwere derselben, und unterscheidet zwischen lebenslänglicher und temporärer Dauer derselben; (von 6 Monaten bis zu 20 Jahren;) diese Strafart ist immer mit Anhaltung zur Arbeit verbunden, und diese kann bei dem schweren und schwersten Grade des Kerkers auch eine öffentliche oder Galeerenarbeit seyn und auf mehrfache Weise geschärft werden. [7]) Dasselbe Gesetzbuch kennt als Strafe der schweren Polizeiübertretungen zwei Grade des Arrests und bloßen Hausarrest; die kürzeste Dauer dieser Strafart, welche auch geschärft werden kann, ist von 24 Stunden, die längste von 6 Monaten; [8]) das bai-

---

6) Eine Sammlung von Beschreibungen aller Strafanstalten in Preußen und der Instruktionen für die Beamten derselben, dürfte wohl ein wesentliches Bedürfniß und die Grundlage der Revision des Theils der Gesetzgebung seyn, welche das Gefängnißwesen betrifft. S. Hitzig's Zeitschrift Heft 3. S. 194. Heft 4. S. 404. Heft 5. S. 120. u. ff. Heft 6. S. 335. Heft 7. S. 181 — 192. Vergl. Neigebaur Sammlung derjenigen Gesetze und Verordnungen welche d. pr. Cr.-Ord. erläutern od. abändern. Hamm 1824. S. 207 — 210. Nach einer Kabinetsordre vom 8ten Sept. 1821 (s. Ebendas. S. 210.) soll auch in den Fällen, in welchen die Gesetze nur des Festungsarrests erwähnt haben, auf Festungsarbeit und Zuchthausstrafe erkannt, und die Wahl zwischen diesen Strafen nach dem Stande des zu Bestrafenden und seinen individuellen Verhältnissen getroffen werden. — Der Festungsarrest ist die gewöhnliche Strafe für höhere Stände. —

7) Oestr. Gesetzbuch über Verbr. Th. I. §. 11 — 18.

8) Ebendas. Th. II. §. 11 — 14. §. 18.

erische Strafgesetzbuch [9]) nennt als Arten der Freiheitsberaubung, die Kettenstrafe, welche nie anders als auf Lebenszeit zuerkannt werden kann, die Zuchthausstrafe auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, [10]) die Strafe des Arbeitshauses, [11]) die Festungsstrafe, welche unter Erwägung besonderer Umstände den genannten drei Strafarten substituirt werden kann, [12]) und endlich die Gefängnißstrafe oder den Festungsarrest. [13]) Die Arten der Freiheitsberaubung welche das französische Recht aufzählt, [14]) sind die lebenslängliche öffentliche Zwangsarbeit, die temporäre öffentliche Zwangsarbeit, (deren Dauer sich von 5 bis 20 Jahren erstrecken kann,) die mit Anhaltung zur Arbeit verbundene Einsperrung in eine Strafanstalt, (reclusion) welche von 5 bis zu 10 Jahren dauern und die Gefängnißstrafe, welche, (mit Ausnahme des Wiederholungsfalles) sich nicht über fünf Jahre erstrecken darf. Ausser diesen genannten Freiheitsstrafen kommen in den meisten deutschen Territorien

---

9) Art. 7 — 21.

10) Die Dauer der Zuchthausstrafe auf bestimmte Zeit, ist von 8 — 20 Jahren. Bei der Zuchthausstrafe auf unbestimmte Zeit, kann wenn der Sträfling sich 10 Jahre hindurch untadelhaft aufgeführt hat, nach Verlauf von sechszehn Strafjahren Begnadigung eintreten. Art. 12. 13. Ueber die Schärfung dieser Strafart. S. Art. 14.

11) Diese kann sich von einem bis zu 8 Jahren erstrecken, (Art. 16.) und ebenfalls geschärft werden. (Art. 19.)

12) Art. 19 — 21. Es werden hier drei Grade dieser Strafart angenommen, und die beiden geringern Grade können geschärft werden.

13) Die Dauer derselben darf sich nicht über zwei Jahre erstrecken. Art. 28 — 30. Sie kann ebenfalls geschärft werden.

14) Code pènal art. 18. 19. 21. 40. 465.

heutzutage noch für einzelne Stände, (z. B. für Geistliche, Offiziere, Studierende,) besondere Standesgefängnisse vor.

§. 44.

Von den Verweisungen.

Die Strafe des Exils war im römischen Rechte, zum Theil aus staatsrechtlichen Gründen, zur republikanischen Zeit fast das einzige, wenigstens das am häufigsten vorkommende Strafmittel; auch finden sich noch in den Quellen des neuesten römischen Rechts verschiedene Arten der Verbannung vor, und es war mit manchen derselben eine theilweise Konfiskation des Vermögens verbunden. [1]) An diese schloß sich die Landesverweisung des deutschen Rechts [2]) an, welche in der C. C. C. [3]) so häufig verordnet als von der spätern deutschen Praxis [4]) angewendet wurde, wo sie auch, in umgekehrter Form, als Verstrickung an einen bestimmten Ort vorkömmt. [5]) In der Regel

---

1) S. *Heineccius* Antiquit. Rom. Syntagma edid. *Haubold*. Lib. I. Tit. XVI. §. 9 — 11. Roßhirt Lehrb. S. 124. 125. Unter den römischen Verweisungsstrafen war die deportatio die schwerste c. 13. §. 4. C. de sentent. passis et restitutis (IX. 51.) c. 8. C. de bonis damnator. (IX. 49.) Bei weitem gelinder war die relegatio. fr. 4. 7. 14. 18. D. de interd. et relegatis et deportat. (XLVIII. 22.) Vergl. Wächter Lehrb. §. 99. Note 14 — 16.

2) *Carpzov* Pract. rer. crim. P. III. Qu. 130. Nr. 13. — — — „Quae poena" (die Landesverweisung) „in locum aquae et ignis interdictionis successit." — — — „Sed abrogata hodie deportatione, relegatio adhuc in imperio Romano-Germanico in usu est, et tota die practicatur."

3) Z. B. Art. 158. 198. §. 3.

4) S. Carpzov a. a. O. Tittmann Hdbch §. 72.

5) C. C. C. Art. 161. Tittmann §. 73.

wurde aber in der ältern deutschen Rechtspflege der Verwiesene, wegen Mangels an Gelegenheit, nicht an einen bestimmten Ort gebracht, sondern lediglich angewiesen ein gewisses Territorium nicht wieder zu betreten. Allein die Erfahrung, daß diese Maaßregel keinen Vortheil gewähre, da die benachbarten Länder kraft derselben Maaßregel ihre Verbrecher ebenfalls über die Gränze brachten, — (ein Umstand der bei der Menge von kleinen Gebieten in Deutschland um so gefährlicher wurde,) — verbunden mit dem Entstehen besserer Polizei- und Detentionsanstalten, war die Ursache, daß dieses Strafmittel im Laufe des vorigen Jahrhunderts nach und nach verschwand. Wenn heutzutage eine Regierung Gelegenheit zur Deportation der Verbrecher in entfernte Gegenden hätte, aus denen eine Rückkehr nicht möglich ist, so würde sie wohl thun dieselbe zu benutzen, da die Unzahl unverbesserlicher Missethäter immer ein unübersteigliches Hinderniß der Verbesserung der Gefängnisse bleiben wird. [6]) Unter den neuern Gesetzgebungen kennt die französische, die Deportation, welche darin besteht, daß der Verbrecher für immer an einen Ort außerhalb des Continents gebracht wird, und die Verbannung, (bannissement) deren Dauer 5 — 10 Jahre betragen kann, und wo der Verbrecher bloß über die Gränze geschafft wird. [7]) Die baierische [8]) und österreichische [9])

---

6) Hudtwalcker Neueste Nachrichten über die englischen Verbrechercolonien in Neu-Südwallis. Im Neuen Arch. des Cr. R. Bd. VI. Stck 4. S. 523.

7) Code pènal art. 17. 32. 33. Kehrt der Deportirte zurück, so wird er auf den bloßen Beweis seiner Identität zur lebenswierigen öffentlichen Zwangsarbeit verurtheilt. Kehrt der Verbannte zurück, so trifft ihn die Strafe der Deportation.

8) Art. 31. 36.

9) Th. I. §. 22.

Strafgesetzgebung lassen die Strafe der Landesverweisung nur bei Ausländern zu; auch im preußischen Landrechte kömmt die Landesverweisung in der Regel nur bei Ausländern vor, es können jedoch manche Verbrecher auch, aus politischen Gründen, aus ihrem bisherigen Aufenthaltsorte entfernt werden. [10])

§. 45.

Von den Vermögensstrafen.

Die Vermögensstrafen kommen entweder als bloße Geldstrafen, oder als Confiskation einzelner Sachen, oder endlich als Confiskation des ganzen Vermögens vor. — Das römische Recht, welchem man nicht mit Unrecht den Vorwurf machen kann, daß sich die Richtung, aus den Verbrechen der Menschen pekuniären Vortheil zu ziehen, darin zu stark offenbare, kennt nicht bloß die beiden erstgenannten Arten dieser Strafart, sondern es erscheint auch die allgemeine Vermögenskonfiskation als eine sehr häufig vorkommende gesetzlich nothwendige Folge mancher Strafmittel, welche mit der Fiktion zusammenhängt, daß wegen mancher Verbrechen eine servitus poenae eintrete. [1]) Die

---

10) §. 4. 191. 708. 1303. 224. 1070. 1494. Preuß. Landr. Th. II. Tit. 20. Im Anfange dieses Jahrhunderts wurde in Preußen eine Deportation der unverbesserlichen Verbrecher nach Sibirien vorgeschlagen, und es wurden auch würklich, nachdem deshalb ein Vertrag mit der russischen Regierung abgeschlossen war, einige Sendungen dorthin bewerkstelligt. S. Klein Annalen Th. 20. S. 303 u. ff. und Paalzow Magazin der Rechtsgelehrsamkeit in den preuß. Staaten Th. I. S. 284.

1) S. Wächter Lehrb. Th. I. §. 103. Note 39 — 41. §. 99. Note 14 und §. 100. Note 23 und 24. Ueber die Geldstrafe, (mulcta), den Unterschied derselben von der poena, (welcher sich hauptsächlich auf die römischen Jurisdictionsverhältnisse bezog,) die Wegnahme einzelner Sachen und die Confiskation einer bestimmten

Strenge des ältern Rechts wurde aber schon unter den christlichen Kaisern [2]) bedeutend gemildert, und das Fiska-

---

Quote des Vermögens s. fr. 131. §. 1. fr. 244. D. de verbor. signif. (L. 16.) und T. C. de modo mulctarum (I. 54.) fr. 11. §. 2. fr. 14. D. de publicanis (XXXIX. 4.) fr. 12. D. de leg. Cornel. de fals. (XLVIII. 10.) fr. 9. D. de jure fisci (XLIX. 14.) fr. 1. D. ad leg. Jul. de vi priv. (XLVIII. 7.) Nov. 134. c. 10. — Ueber die allgemeine Vermögenskonfiskation und die servitus poenae s. fr. 1. pr. D. de bonis damnator. (XLVIII. 20.) Damnatione bona publicantur, cum aut *vita* adimitur, aut *civitas*, aut *servilis* conditio irrogatur. fr. 8. §. 1 und 2. D. qui test. facere poss. (XXVIII. 1.) Si cui aqua et igni interdictum sit, ejus nec illud testamentum valet, quod ante fecit, nec id quod postea fecerit; bona quoque, quae tunc habuit, cum damnare-tur, publicabuntur, aut si videantur non lucrosa, creditoribus concedentur. §. 2. In insulam deportati in eadem causa sunt. fr. 4. D. de interd. et relegat. (XLVIII. 22.) Relegati in insulam in potestate sua liberos retinent, — — — et bona quoque sua omnia retinent, praeterea si quae adempta sunt. Nam eorum qui in perpetuum exilium dati sunt vel relegati, potest quis sententia partem bonorum adimere. fr. 7. §. 5. D. de bon. damnator. (XLVIII. 20.) Post condemnationem acquisita, si is cujus bona publicata sunt, relegatus sit, ad heredes ejus pertinent testamento scripto vel ad heredes ab intestato; nam relegatus in insulam, testamenti factionem habet, sicut reliqua jura. Quod si deportatus sit, quia civitatem amisit, haeredem habere non potest, et adquisita fiscus accipit. (Diese Stelle ist nicht glossirt.) c. 2. C. de bon. proscriptor. (IX. 49.) Deportati nec earum quidem rerum, quas post poenam irrogatam habuerint, haeredem habere possunt, sed et hae publicabuntur. fr. 29. D. de poenis (XLVIII. 19.) Qui ultimo supplicio damnantur, statim et civitatem et libertatem perdunt; itaque praeoccupat hic casus mortem; et nonnunquam longum tempus occupat. — — — fr. 36. Ibid. In metallum sed et in ministerium metallicorum damnati, servi efficuntur sed poenae.

2) Justinian hob die servitus poenae auf, (Nov. 22. c. 8.) ließ aber die von Rechtswegen eintretende Confiskation des Vermögens bestehen, und nur in Beziehung auf die Descendenten, Ascendenten und die Ehefrau des Verurtheilten eine Ausnahme von der-

litätsprinzip des römischen Rechts ist in Deutschland nicht rezipirt worden. Auch in den Dispositionen der C. C. C. [3])

---

selben eintreten. Ausdrücklich fügt er aber hinzu: In majestatis vero crimine condemnatis, veteres leges servari jubemus. (Nov. 134. c. 13.) Die Authentica Bona damnatorum C. de bon. proscriptor. (IX. 49.) zählt zu diesen Personen auch die Seitenverwandten bis zum dritten Grade. Diese mildern Bestimmungen schließen sich übrigens schon an ältere kaiserliche Verordnungen an, welche zu Gunsten der Ehefrau und der Kinder des Verbrechers die alte Strenge der Confiskation mildern c. 8 — 10. C. de bon. proscr. (IX. 49.) fr. 1. §. 1 — 3. D. de bonis damnator. (XLVIII. 20.)

3) Schon der Sachsenspiegel Buch II. Art. 31. sagt: „Wer durch Urtheil und Recht sein Leben verliert, sein nächster Erbe nimmt sein Gut," — denn der Schuldige hat, worauf auch die Glosse hindeutet, nach dem allgemeinen Prinzip des deutschen Strafrechts, mit dem Halse dem Richter gewettet und dem Kläger gebüßt. Späterhin fing jedoch in Deutschland eine entgegenstehende Praxis an sich zu bilden. S. Koch Vorrede zu seiner Ausgabe der C. C. C. S. 35. hiergegen gehen nun die Dispositionen der. C. C. C. Art. 135. Straff eygner tödtung. Item wenn jemandt beklagt und inn recht erfordert und bracht würde, von sachen wegen, so er der überwunden sein leib und gut verwürckt hett, vnd auß forcht solcher verschuldter straff sich selbs ertödt, des erben sollen inn disem fall seines guts nit vehig oder empfengklich, sonder solch erb vnd gütter der oberkeyt der die peinlichen straff, buß und fell zustehn, heymgefallen sein. Wo sich aber eyn person aufferhalb obgemelter offenbaren ursachen, auch inn fellen da er sein leib alleyn verwirckt, oder sunst — — — selbst tödtet, derselben erben sollen deßhalb an jrer erbschafft nit verhindert werden, vnd darwider keyn alter gebrauch, gewonheyt oder satzung statt haben, sonder hiemit reuocirt, cassirt vnd abgethan sein, und in disem vnd ander dergleichen fellen, vnser Keyserlich geschriben recht gehalten werden. Art. 218. — Item an etlichen orten, so eyn übelthetter außerhalb des lasters vnser beleidigten Majestet oder sunst inn andern fellen, so der übelthetter leib und gut nit verwirckt vom leben zum todt gestrafft, werden weib vnd kinder an bettelstabe, vnnd das gut dem herren zugewisen, vnd die vnd dergleichen gewohnheyt, Wollen wir, daß sie hinfürther nit geübt, gebraucht oder gehalten werden, als wir denn auß Keyserlicher

spricht sich eine Richtung gegen dasselbe aus; der eigentliche Sinn derselben ist jedoch unter den Auslegern jener Gesetzgebung sehr bestritten. Am richtigsten dürfte wohl die Ansicht seyn, daß die stillschweigende Vermögenskonfiskation des römischen Rechts durch die C. C. C. aufgehoben sey, und daß diese Strafe nur eintreten könne, im Falle des Majestätsverbrechens, oder wo sonst dieselbe ausdrücklich verordnet ist. [4]) Dergleichen Fälle kommen im deutschen Strafrechte auch würklich vor, [5]) dennoch hat aber die Meinung derjenigen, welche die rechtliche Möglichkeit der Confiskation des ganzen Vermögens auf die unter dem Majestätsverbrechen begriffenen Fälle einschränken, in der spätern gemeinrechtlichen Praxis den Sieg davon getragen. [6]) Die preußische Strafgesetzgebung, [7]) welche sich auch in dieser Beziehung an die Praxis anschließt, welche sie vorfand, läßt die allgemeine Konfiskation des Vermögens nur wegen des Hoch- und Landesverraths, wegen der Desertion und wegen des Austretens der Militairpflichtigen zu; das österreichische [8]) und baierische [9]) Strafrecht

---

macht dieselben hiemit aufheben, vernichtigen vnd abthun, vnd hinfürter nit eingefürt werden sollen.

4) Ueber die verschiedenen Auslegungen und Lesarten des Art. 218. s. Koch's Vorrede zur C. C. C. und Wächter Lehrbuch Th. I. S. 182 b.

5) Beispiele dieser Art kommen in den Reichspolizeiordnungen vor s. z. B. Reichspol. Ord. von 1577. Tit. 18. §. 1. und 2. Reichspol. Ord. von 1548. Tit. 18. §. 2.

6) Roßhirt Lehrb. §. 74. v. Quistorp Grundsätze. §. 163. Note e. §. 208. Note d. §. 76. Note g.

7) §. 95. 103. 467. 469. Preuß. Landr. Th. II. Tit. 20.

8) Publikationspatent des Gesetzbuches über Verbr. u. s. w. vom 3ten Septemb. 1803.

9) Art. 33. Ausgenommen sind jedoch mit gewissen Modifika-

erklären dagegen dieselbe für aufgehoben. Das französische [10]) Strafgesetzbuch wendet nicht nur die allgemeine Gütereinziehung sehr häufig an, sondern es kommen hier auch noch neben der korrektionellen Gefängnißstrafe in der Regel Geldstrafen vor. — Konfiskationen einzelner Sachen und Geldbußen sind übrigens ein, sowohl im gemeinen Rechte als in den neuern Gesetzgebungen anerkanntes Strafmittel. [11])

§. 46.

Von den Ehrenstrafen.

Im deutschen Strafrechte kommen verschiedene Strafmittel vor, welche sich zunächst auf die Ehre des Bestraften beziehen, indem sie entweder den Verbrecher durch die gewählte Strafart der öffentlichen Verachtung Preis geben, und symbolisch die Ehrlosigkeit desselben aussprechen, oder ihn auf eine minder öffentliche Weise beschämen und demüthigen. Zu jenen Strafmitteln gehört das Brandmarken, welches wegen seiner bleibenden Würkung den Bestraften beschimpft, obwohl es wegen des verursachten Schmerzes auch zu den Leibesstrafen gerechnet werden kann. Schon

---

tionen die im organischen Edikte vom 29sten Aug. 1808 vorbehaltenen Fälle: Desertion, Vergehen gegen das Kantonreglement und Auswanderungen ohne königl. Erlaubniß.

10) Code pènal art. 7. 37. 38. 75 — 77. 79 — 82. 125. 132. 139. Die charte constitutionelle Ludwigs XVIII. Art. 66. hebt indessen die Strafe der Vermögenskonfiskation auf.

11) C. C. C. Art. 111. 157. 158. Quistorp Grundsätze §. 76. — §. 88. 89. 1260. u. an and. Orten mehr im Preuß. Landr. Th. II. 20. Baierisches Strafgesetzbuch. Art. 33. Oester. Gesetzb. über Verbr. u. s. w. Th. II. §. 8 u. 9. Code pènal art. 9. nr. 3. art. 11.

dem römischen Rechte [1]) ist diese Strafart nicht unbekannt, vornämlich aber kömmt dieselbe in der deutschen Praxis [2]) des Mittelalters vor, wo das Bedürfniß, den Verbrecher für die Zukunft kenntlich zu machen, um ihn im Wiederholungsfalle überführen zu können daß er schon einmal bestraft sey, von selbst auf dieses Strafmittel leitete, weil andere Vorkehrungen für diesen Zweck, (z. B. polizeiliche Register über die Bestraften,) der damaligen Rechtspflege fehlten. In der C. C. C. [3]) und in der spätern Praxis kömmt die Strafe des Brandmarkens sehr häufig vor; nicht mit Unrecht hat man sich aber in neuern Zeiten dagegen erklärt, [4]) und es dürfte diese Strafe wohl nur bei Verbrechern zulässig seyn, welche für ihre Lebenszeit gefangen gehalten werden sollen. In dem französischen Rechte [5]) kömmt dieselbe sowohl bei lebenslänglicher als bei temporärer Zwangsarbeit vor; im österreichischen [6]) Strafgesetzbuche wird sie nur mit der Landesver-

---

1) Constantin d. Gr. verbot die ad metalla Condemnirten im Gesicht zu brandmarken. c. 17. C. de poenis (IX. 47.)

2) S. z. B. *Liutprandi* Leges. Lib. VI. §. 79. (bei *Walter* Corp. jur. germ. antiq. Tom. I. p. 790.) Et si postea ipse iterum in furto tentus fuerit, decalvet eum, et caedat per disciplinam, sicut decet furem, et *ponat in eo signum in fronte et facie.* S. besonders über das im Mittelalter übliche Brandmarken mit dem Schlüssel: Cropp, der Diebstahl nach dem ältern Rechte der freien Städte Hamburg, Lübeck und Bremen, in Hudtwalckers und Trummers Criminalistischen Beiträgen Bd. II. S. 334. u. ff.

3) C. C. C. Art. 198. v. Quistorp Grundsätze §. 77. f.

4) S. z. B. Tittmann Handbuch §. 66. Henke Hdbch. S. 482.

5) Code pènal art. 20.

6) Th. I. §. 22.

weisung zugleich verhängt, und im preußischen Landrechte [7]) kömmt sie in Verbindung mit dem Staupenschlage und lebenswieriger Festungsstrafe zur Anwendung. Zu den Strafen dieser Art gehört ferner, die ebenfalls schon in der ältern deutschen Praxis in verschiedenen Formen [8]) vorkommende Strafe der öffentlichen Ausstellung. Die ältere Praxis unterschied, vornämlich wegen der Folgen, zwischen der Ausstellung an den Pranger, [9]) welche durch den Henkerknecht, und der Ausstellung an den Strafpfahl, welche durch einen ehrlichen Gerichtsdiener geschah; die letztere wurde zuweilen sogar für eine bloße Polizeistrafe angesehen. [10]) Bloß demüthigende Strafen sind: die

---

7) §. 1214. Th. II. 20.

8) S. Tittmann Hdbch §. 69. v. Quistorp Grundsf. §. 77. Note i. Es gehört hierher das Aufsetzen des Strohkranzes, der Lasterstein, die Geige oder Fiedel, das Reiten auf dem Esel, das Austrommeln, das Setzen in das Trillhäuschen und in älterer Zeit, das Hunde- und Steintragen; auch hatte in den Ländern, wo die religiöse Nothwendigkeit und Bedeutung der Kirchenbuße weggefallen war, diese nur noch den Charakter der öffentlichen Ausstellung. S. über die spätere Beschaffenheit dieser Strafe im Brandenburgischen die Verordnung Friedrich Wilhelms I. vom 30sten März 1716 in *Mylius* Corp. Const. March. T. I. 2te Abthl. S. 203. u. ff.

9) C. C. C. Art. 115. 123. 158. 161. 198. v. Quistorp Grundsätze §. 77. Note i.

10) v. Quistorp Grundsätze §. 81. Note g. Auch in den neuern Gesetzgebungen kömmt die öffentliche Ausstellung des Verbrechers, meistentheils als schärfender Zusatz bei andern Strafen vor. Oester. Gesetzb. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 18 b. II. 19. Baierisches Strafgesetzb. Art. 7. 14. 17. Code pènal art. 22. 24. Auch im preuß. Landrechte kömmt dieselbe vor z. B. §. 881. Th. II. 20. Vergl. Crim. Ord. §. 548. Auch bei dieser Strafart ist die Rücksicht auf die Zukunft des Verbrechers nicht aus den Augen zu lassen, und es dürfte die öffentliche Ausstellung daher wohl nur

Abbitte, der Widerruf, die Ehrenerklärung, [11]) und der gerichtlich ertheilte Verweis. [12]) Eben so gehören wenigstens in gewisser Beziehung in die Klasse der Ehrenstrafen, die nur bei Beamten möglichen Strafen der Entsetzung, Entlassung, Versetzung auf eine geringere Stelle und Suspension vom Amte. [13]) Auch kennt das ältere deutsche Strafrecht Strafen gegen den Körper verstorbener Verbrecher [14]) und gegen Abwesende, welche füglich nur als beschimpfend angesehen werden können. Zu den letztern gehört das Schlagen des Namens an den Galgen und die Vollziehung der Strafe am Bildnisse [15]) des Entwichenen, zu den erstern, außer der würklichen Vollziehung der Strafe am Leichnam, auch das unehrliche oder wenigstens un-

---

in Verbindung mit lebenslänglicher Detention oder Verbannung aus dem bisherigen Wohnorte vorkommen dürfen.

11) Das Nähere über diese Strafen gehört in die Lehre von den Injurien.

12) Merkwürdig ist es, daß auch schon das römische Recht die severa interlocutio in manchen Fällen für eine Züchtigung ansieht. fr. 3. §. 1. D. de off. praes. vig. (I. 15.)

13) Die Frage welches Verfahren bei der Anwendung dieser Strafen anzuwenden und von welcher Behörde dieselben auszusprechen seyen, gehört theils in das Staatsrecht, theils in die Lehre vom Strafverfahren. Vergl. Wächter Lehrb. §. 100. Note 25.

14) Stirbt der Verbrecher vor der Hinrichtung, oder ist sein Verbrechen schon so weit ausgemittelt, daß er der Todesstrafe nicht würde entgangen seyn, so läßt die preußische Crim. Ord. §. 550. 551. das Verscharren des Entleibten auf der Gerichtsstätte durch Scharfrichterknechte zu, oder wenn das Verbrechen Aufsehen im Publikum erregt hat, Aufflechtung des Körpers auf das Rad.

15) S. v. Quistorp Grundsätze §. 93. Oestr. Gesetzb. über Verbr. §. 203. 498. Th. I. Preuß. Crim. Ord. §. 573.

feierliche Begräbniß. [16]) Die Absicht war bei diesen Strafen keine andere, als den Abscheu gegen das Verbrechen auszusprechen und beim Volke lebendig zu erhalten. Die unbedingte Abschaffung derselben läßt sich folglich nicht billigen. Außer diesen eigentlichen Ehrenstrafen haben aber die Verbrechen oder gewisse Strafen, [17]) die Jemand er-

---

16) v. Quistorp Grundsätze §. 94. Tittmann Handbuch §. 69. Note m. Preuß. Crim. Ord. §. 550. Oestr. Gesetzb. über Verbr. Th. II. 92. Das kanonische Recht schließt zwar von dem kirchlichen Begräbnisse aus, eine Beschimpfung der Leiche ist demselben aber unbekannt; s. Walter Lehrbuch des Kirchenrechts §. 224.

17) Die Grundansicht des römischen und des ältern deutschen Rechts sind in dieser Beziehung einander völlig entgegengesetzt. Das römische Recht sieht den Verlust oder die Schmälerung der Ehre als die Folge des Verbrechens, nicht als die Würkung der Strafe an. s. T. D. de his qui notant. infam. und T. Cod. ex quibus causis infamia irrogatur (II. 12.) fr. 22. D. l. c. Ictus fustium infamiam non importat sed causa, propter quam id pati meruit, si ea fuit, quae infamiam damnato irrogat. In caeteris quoque generibus poenarum, eadem forma statuta est. c. 14. C. l. c. Nullam existimationis infamiam avunculus tuus pertimescat, ictibus fustium subjectus — — — si sententia non praecessit. — Diesem Prinzip widerspricht nicht die c. 6. Ibid. Ad tempus in opus publicum damnati pristinum quidem statum retinent, sed damno infamiae post impletum tempus subjiciuntur, denn hier wird zunächst nur gesagt, daß die Infamie nicht mit der Strafe aufhöre, nicht daß dieselbe eine Folge der Strafe sey. Anderer Meinung ist jedoch Wächter Lehrb. Th. I. S. 176. — Dagegen kann man es als das Grundprinzip des deutschen Rechts ansehen, daß die Schmälerung der Ehre als Folge gewisser Strafarten eintrete; in der ältern Praxis waltet darüber kein Zweifel ob, (vergl. z. B. v. Quistorp Grundsätze §. 77. Note h) in neuern Zeiten hat man aber diese Eigenthümlichkeit der deutschen Rechtsansicht, welche dem römischen Prinzip freilich widerspricht, nur als Mißbrauch behandeln wollen. (Z. B. Roßhirt Lehrb. §. 50. Note 14. Martin Lehrb. §. 90.) Die historisch richtige Ansicht ver-

litten den von Rechtswegen statt findenden Einfluß auf seine Ehre, daß diese entweder gänzlich vernichtet, oder bloß vermindert wird, und man wird in dem heutigen gemeinen Rechte und in den deutschen Partikulargesetzgebungen folgende Fälle unterscheiden müssen. 1) Gänzliche Vernichtung der bürgerlichen Ehre trat bei den Römern mit der, von Justinian aufgehobenen, servitus poenae ein. [18]) Im ältern deutschen Recht wird eine solche gänzliche Aufhebung aller bürgerlichen Ehre und Rechtsfähigkeit durch die Friedlosigkeitserklärung bewürkt. [19])

---

theidigt dagegen Eichhorn Einl. in d. deut. Priv. R. §. 86. a. E. Uebrigens leidet es keinen Zweifel daß nicht das Erleiden einer Strafe, sondern die derselben vorhergehende Schuld, wenn man den sittlichen Gesichtspunkt festhält, den Menschen entehre. Aber das deutsche Recht liebte symbolische Bezeichnungen, und knüpfte an diese den Eintritt der rechtlichen Würkungen. Daher fängt denn auch hier die Entziehung der Ehre, im juristischen Sinne, erst alsdann an, wenn die Strafe, als der Ausdruck der öffentlichen Verachtung, durch die Hand des Henkers vollzogen ist. — Im Allgemeinen wird sich die Frage, ob in Deutschland das römische Recht in dieser Materie rezipirt sey, wohl mit Nein beantworten lassen, dagegen ist es auch gewiß, daß das römische Recht einen sehr großen, freilich auch verwirrenden Einfluß auf diese Lehre gehabt hat. S. über die ganze Materie von dem Einflusse der Verbrechen und Strafen auf die Ehre, welche zu den bestrittensten und dunkelsten im deutschen Rechte gehört, Eichhorn Einl. in d. deut. Priv. R. §. 83 — 90. Mittermaier Grundsätze des gemeinen deut. Priv. R. §. 93 — 97. Wächter Lehrb. Th. I. §. 100. Th. Marezoll über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. Gießen 1824.

18) S. über diese oben §. 45. Note 1.

19) Bambergensis Art. 241. In die acht zu sprechen. N. Als Du mit vrteyln und recht zu der mortacht erteylt worden bist, also nym ich dein leib vnd gut aus dem Fride vnd thu sie in den vnfrid, vnd künde dich eerloß und rechtloß, vnd künde dich den vögeln frey in den lüfften, vnd den thieren in dem wald, vnd den vischen in dem wasser vnd sollt auf keiner straßen, noch in keiner

Auch außer diesem Falle kömmt der gänzliche Verlust der Ehre, sowohl in älteren Reichsgesetzen, als in neuern deutschen Gesetzgebungen unter verschiedenen Benennungen und in verschiedener Form vor. [20]) Diese Aufhebung der Ehre, welche man auch Ehrlosigkeit im eigentlichen Sinne nennen könnte, kann aber, als eine schwere Criminalstrafe, immer nur nach Urtheil und Recht eintreten, und ihre Würkungen sind nicht immer die nämlichen. Vornämlich bestehen sie aber in der Entziehung aller bürgerlichen und Ehrenrechte, und der ganzen Zeugenqualität. [21]) 2) Von

---

mundtat, die Kayser oder König gefreyet haben, nyndert friden noch geleyt haben, vnd künde alle die lehen, die du hast, jrn herrn ledig vnd loß, vnd von allem rechten in alles vnrecht, vnd ist auch allergemeinlich erlaubt vber dich, das nymand an Dir freueln kann noch solle, der dich angreifft.

20) Die Reuterbestallung von 1570 §. 62. Welcher zu den Feinden hinüber fallen würde, der soll durch den Feldmarschall und das Reuterrecht zu einem Schelmen und unehrlichen Mann gemacht — werden. C. C. C. Art. 107. Item, welcher vor Richter oder Gericht eyn gelerten meyneyd schwert, — — — soll auch dazu verleumbt vnd aller ehren entsetzt sein. — Art. 122. Item so jemandt sein eheweib oder kinder, vmb einicherley genieß willen, wie der namen hett williglich zu unehrlichen vnkeuschen und schendtlichen werken gebrauchen läst, der ist ehrloß, vnd soll auch vermöge gemeyner rechten gestrafft werden. Die preuß. Crim.-Ord. §. 356. Nr. 7. unterscheidet ebenfalls zwischen der eigentlichen Ehrloserklärung und der bloßen Verminderung der Ehre. Das französische Recht knüpft an die Todesstrafe, die lebenslängliche Zwangsarbeit und die Deportation den bürgerlichen Tod. Code pènal art. 18. Code civil art. 22 — 32. Dieses Institut wird von dem baierischen Strafgesetzbuche rezipirt Art. 5. 7. vergl. Kleinschrod Ueber den bürgerlichen Tod als Criminalstrafe im Neuen Arch. Bd. II. Stck 1. S. 65.

21) S. Preuß. Crim.-Ord. §. 356. Nr. 7. Baierisches Strafgesetzb. Art. 7. Code civil art. 25. Die französische und

diesem gänzlichen Verluste aller Ehre ist der Verlust der besondern Standesehre verschieden, wohin außer der Amtsentsetzung, besonders der Verlust des Adels, der Orden und Ehrenzeichen gehört. [22]) Auch dieser kann immer

---

baierische Strafgesetzgebung verordnen sogar daß die bestehende Ehe durch den bürgerlichen Tod aufgelöst werde.

22) Das preuß. Landrecht bestimmt daß Jemand des Adels, durch richterliches Erkenntniß wegen grober Verbrechen entsetzt werden könne. §. 91. Th. II. Tit. 9. Vergl. Rescript vom 12ten Mai 1800. Akad. E. S. v. 1800. S. 2935, wonach, wenn Jemand von Adel wegen Diebstahls oder eines demselben ähnlichen Verbrechens mit einer Criminalstrafe belegt wird, zugleich auf Verlust des Adels zu erkennen ist. Der erlittene Verlust des Adels ist dann, jedoch ohne Benennung des Verbrechens, wodurch der Schuldige sich denselben zugezogen, durch die öffentlichen Blätter bekannt zu machen. Reser. v. 25sten Mai 1810. Mathis Jurist. Monatsschr. Bd. 9. S. 274. Die Cassation tritt ein, wenn gegen einen Beamten auf längeren als einjährigen Arrest erkannt ist, oder wenn derselbe Zuchthausstrafe erlitten hat. Cab. Ordre vom 11ten Januar 1813. Gesetzsamml. von 1813. S. 5. Reser. vom 10ten Sept. 1814 in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. 3. S. 269. — Wegen des Verlustes der Orden und Ehrenzeichen s. v. Strombeck Zusätze. S. 9. 10. Oesterreich. Gesetzb. über Verbr. §. 23. Th. I. Mit den Strafurtheilen, wodurch ein Verbrecher zur Todesstrafe, zur schweren oder schwersten Kerkerstrafe verurtheilt wird, sind kraft der Gesetze noch folgende Wirkungen verbunden: a) Ist der Verbrecher ein Landmann aus dem Herrn- oder Ritterstande, ein inmatrikulirtes Mitglied einer inländischen Universität, oder eines inländischen Lyceums, ein mit beibehaltenem militairischen Ehrenrange in Civildienste übergetretener Mann; so ist mit einem solchen Urtheile zugleich die Tilgung aus der ständischen, aus der Universitäts- oder Lyceums-Matrikel und der Verlust des Ehrenranges verbunden. b) Ist der Verbrecher von Adel, so muß dem Straferkenntnisse beigefügt werden, daß er des Adels verlustig wird; — — — — doch trifft dieser Verlust nur ihn allein, folglich weder seine Ehegattinn, noch die vor dem Strafurtheile erzeugten Kinder. Baierisches Strafgesetzbuch Art. 23. Verlust des Adels und aller Würden, Staats- und Ehrenämter ist eine nothwendige rechtliche Folge der

nur durch rechtliches Erkenntniß verhängt werden. 3) Die bloße Verminderung der bürgerlichen Ehre trat dagegen nach älterm gemeinem Rechte als Folge aller Strafen ein, welche durch Henkershand vollzogen wurden, [23]) und man kann es nur als eine Ausnahme ansehen, wenn die Reichsgesetze dieselbe auch an Verbrechen, als solche, knüpfen. [24]) Seitdem die Festungs- und Zuchthausstrafen in die Stelle der früher üblichen Leibesstrafen traten, schloß sich auch an diese die nachtheilige Würkung auf die Ehre, [25]) wohin gemeinrechtlich vornämlich die Unfähigkeit zu bürgerlichen und Ehrenämtern, zur Advocatur und zum Notariat, so wie die Ausschließung von Zünften und Innungen und die Verminderung der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses gehört. [26])

Verurtheilung in die Todes-, Ketten-, Zuchthaus- oder Arbeitshausstrafe.

23) Dieser Zustand, wo eine Person aus bestimmten Gründen einzelne Rechte entbehrte, heißt im ältern deutschen Rechte die Rechtlosigkeit. Sachsenspiegel Buch I. Art 38. Eichhorn a. a. O. §. 83. Die spätern Reichsgesetze gebrauchen mitunter Ehrlosigkeit und Infamie gleichbedeutend, ohne daß sich erweisen läßt daß sie dabei an die römische Infamie gedacht hätten. Mittermaier Grundsätze des D. Priv. R. §. 95. Note 7. Zu den von Henkershand vollzogenen infamirenden Strafen gehören namentlich Staupenschlag, Brandmal und Pranger. S. Eichhorn §. 86. und v. Quistorp Grundsätze §. 77 — 79. *Carpzov*, Pract. rer. crim. P. III. Qu. 48. 135. Nr. 53. 54. Geringere Vergehen zogen wie die ältere Praxis allgemein annahm, diese Folge nicht nach sich. *Carpzov* l. c. v. Quistorp §. 77. Note h.

24) S. oben Note 20. und Reichspol. Ord. von 1577. Tit. 23. §. 2. in Gerstlachers Handbuch der Deut. Reichsgesetze. Th. IX. S. 1411.

25) S. oben Note 22 u. 26 unten. Die infamia immediata des römischen Rechts hat nur in sofern eine Würkung, als sie eine infamia facti begründet. S. Eichhorn a. a. O. §. 87. und §. 90.

26) Eichhorn a. a. O. §. 88. — Ueber den wegen Criminal-

§. 47.

Von den Sicherheitsmaaßregeln gegen den Verbrecher nach ausgestandener Strafe.

Von der Strafe sind die polizeilichen Maaßregeln zu unterscheiden, welche die Regierung nach ausgestandener Strafe gegen den Verbrecher verhängt; erstrecken sich dieselben aber bis zur Detention oder Verstrickung, oder enthalten sie sonst einen Zwang oder ein Leiden für den Verbrecher, so werden sie als Theil der Strafe angesehen werden müssen, aus diesem Gesichtspunkte aber auch, wo sie gesetzlich bestehen vollkommen gerechtfertigt werden kön-

---

strafen verhängten Verlust des städtischen Bürgerrechts nach preußischem Rechte s. §. 54. 55. Preuß. Landr. Th. II. 8. Städteordnung vom 19ten Nov. 1808. §. 20. 21. 39. Ueber den Verlust der Kriegsdenkmünze und des Rechts die Nationalkokarde zu tragen s. v. Strombeck Zusätze S. 7 und 8. Ueber die Verminderung der Glaubwürdigkeit als Zeuge Crim. Ord. §. 356. Nr. 7. Das baierische Strafgesetzb. §. 278. Num. 6. läßt die Unfähigkeit zum Zeugnisse eintreten, wenn Jemand wegen Verläumdung, falscher Denunciation, falschen Zeugnisses oder Meineides verurtheilt ist. Der Art. 24. schreibt übrigens vor, daß außer den im Gesetzbuche selbst genannten Ehren- und demüthigenden Strafen keine andren gesetzlichen Folgen der Bestrafung eintreten sollen. Nach dem österreich. Gesetzb. über Verbr. u. s. w. ist der Verlust des Gewerbes keine nothwendige Folge des Strafurtheils, er kann aber aus polizeilichen Gründen verhängt werden. §. 24. Th. I. §. 10. Th. II. Ueber die Verminderung der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses s. Th. I. §. 403. c. Der *Code pènal* schreibt art. 28. vor, daß Jeder der zur temporären öffentlichen Zwangsarbeit, zur Verbannung, zur Reklusion oder zum Pranger verurtheilt wird, niemals mehr Zeuge, Geschworner oder Vormund seyn kann und das Recht Waffen zu tragen und in den französischen Armeen zu dienen verliert. — Außerdem kennt das französische Recht noch die degradation civique, welche in der Ausschließung und Absetzung von allen öffentlichen Aemtern und in der Entziehung der im art. 28. genannten bürgerlichen Rechte auf bestimmte Zeit besteht. S. auch art. 42.

nen. Im ältern deutschen Rechte bestand die Sicherung gegen künftige Verbrechen eines Bestraften, außer der Landesverweisung, darin, daß man ihn eine Urphede [1]) schwören ließ, auch kömmt schon in der C. C. C. [2]) die Nothwendigkeit, eine Caution gegen künftige Beleidigungen zu stellen vor, oder im Falle der Uebelthäter diese nicht leisten will oder kann, Detention im Gefängnisse. Diese Maaßregeln sind auch in die neuern Gesetzgebungen übergegangen. Das preußische Landrecht [3]) schreibt vor, „daß Diebe und andre Verbrecher, welche ihrer verdorbenen Neigungen wegen dem gemeinen Wesen gefährlich werden könnten, auch nach ausgestandener Strafe, des Verhafts nicht eher entlassen werden sollen, als bis sie ausgewiesen haben, wie sie sich auf eine ehrliche Art zu ernähren im Stande sind.“ [4]) Das französische Strafrecht befiehlt, daß der Verurtheilte in gewissen Fällen unter die Aufsicht der

---

1) C. C. C. 157. 161. 164. S. v. Quistorp Grundsätze. §. 138 — 142. Die Urphede, oder der Eid des Bestraften sich nicht rächen zu wollen, ist heutzutage größtentheils abgeschafft. S. v. Quistorp a. a. O. §. 138. Note †. Preuß. Crim. Ordn. §. 572.

2) C. C. C. Art. 195. Auf warhafftige erfarung vnd befindung gnugsamer anzeygung zu bösem glauben, künfftiger übelthettiger beschedigung halber, ist zu recht erkannt, daß B. so gegenwertig vor gericht steht, inn gefengknuß enthalten werden soll, biß er gnugsam vnd gebührlich caution vnd bestandt thut, damit landt und leut vor ihm gesichert werden.

3) §. 5. Th. II. 20. Auch Drohungen, ein gewisses Verbrechen begehen zu wollen, verpflichten nach §. 44 Ebendas. den Staat zu Maaßregeln, wodurch der Bedrohete in Sicherheit gesetzt wird.

4) Ueber die Detention nach ausgestandener Strafe des Diebstahls und die Polizeiaufsicht über die aus Strafanstalten Entlassenen s. v. Strombeck Zusätze S. 319.

hohen Polizei gestellt werde; von Rechtswegen tritt diese, als gesetzliche Würkung des Strafurtheils bei Allen ein, welche zur temporären öffentlichen Zwangsarbeit und zur Reklusion verurtheilt sind, und dauert dann so lange der Verbrecher lebt; auch der Verbannte wird nach seiner Rückkehr, von Rechtswegen auf eben so lange, als seine Strafzeit gedauert hat, unter diese Aufsicht gestellt; es kann ferner in allen Fällen diese Maaßregel genommen werden, wo ein Verbrechen oder Vergehen begangen ist, welches die äußere oder innere Sicherheit des Staats betrifft, bei andern Verbrechen oder Vergehen aber nur, wo die Gesetze es zulassen. [5]) Die Würkung dieser polizeilichen Aufsicht besteht darin, daß der Verbrecher, entweder eine Caution für seine gute Aufführung stellen muß, oder zur Disposition der Regierung gestellt wird, welche seinen Aufenthaltsort bestimmen, und ihn im Falle des Ungehorsams sogar in gefänglicher Haft halten kann. [6]) Das österreichische Gesetzbuch [7]) über Verbrechen u. s. w. überläßt die Anordnung von Sicherheitsmaaßregeln gegen gemeingefährliche Verbrecher in jedem einzelnen Falle der höchsten Justiz- und Polizeibehörde des Landes, und das baierische Strafgesetzbuch [8]) läßt die Polizeiaufsicht immer eintreten, wenn ein Verbrecher nach überstandener Strafe aus dem Zuchthause entlassen ist; geringere Strafen haben dieselbe aber nur dann zur Folge, wenn der Verbrecher der öffentlichen Sicherheit vorzüglich gefährlich ist, und

---

5) Code pènal art. 47 — 50. 335. 415. 416. 419 — 421. 452. 309. 314. 315. 308. 401. und an and. Orten.

6) Code pènal art. 44 — 46.

7) Th. I. §. 455.

8) Art. 401. des 2ten Theils.

auch dann kann sie nur auf vorgängiges Erkenntniß des geeigneten Criminalgerichts verhängt werden. [9])

§. 48.

Von dem Verhältnisse der einzelnen Strafmittel zu einander.

Wenn dem Richter eine ausgedehnte Gewalt bei Anwendung der Strafgesetze eingeräumt ist, so ist die Frage, wie die Strafmittel in Hinsicht ihrer innern Schwere sich zu einander verhalten, von einer weit größern Wichtigkeit, als wenn die Gesetzgebung dem Richter die Wahl der Strafarten vorschreibt. Das gemeine Recht läßt nun freilich auch in dieser Beziehung dem Richter einen großen Spielraum, aber es lassen sich aus demselben keine festen und in sich nothwendigen Grundsätze über jenes Verhältniß ableiten, und es muß demnach lediglich das richterliche Ermessen entscheiden. [1]) Die neuern Gesetzgebungen lassen die rechtliche Möglichkeit der Strafverwandlung nur in einem sehr eingeschränkten Maaße, und nur bei geringern

---

9) Außer der hier genannten Folge der polizeilichen Aufsicht und dem Einflusse auf die Ehre des Verbrechers, hat die Strafe in gewissen Fällen nach protestantischem Kirchenrechte auch die Würkung eine bestehende Ehe aufzulösen. s. §. 704 — 707. Preuß. Landr. Th. II. Tit. 1. und das begangene Verbrechen verpflichtet auch zum Schadensersatze. Diese Lehre gehört aber dem Privatrechte an.

1) Tittmann Handbuch §. 77 — 81. stellt eine umständliche Klassifikation der einzelnen, im gemeinen Rechte vorkommenden Strafmittel auf; es läßt sich dieselbe aber weder aus innern Gründen, noch dadurch rechtfertigen, daß sie allgemein angenommen wäre. s. auch über diese Materie Feuerbach Lehrbuch §. 154 — 160. und Quistorp Versuch einer richtigen Bestimmung des Verhältnisses der gemeinen in Deutschland üblichen Strafen zu einander. Rostock 1768. Vergl. über die Stufenleiter der Strafmittel unten §. 51. Note 2.

Strafarten zu. Das preußische Strafrecht [2]) bestimmt in dieser Beziehung bloß, daß fünf Thaler Geldbuße einer Gefängnißstrafe von acht Tagen, und daß sechszig Peitschenhiebe einer sechswöchentlichen Gefängnißstrafe gleich geachtet werden sollen. Das baierische Strafgesetzbuch [3]) stellt in den Fällen, wo es eine Verwandlung der Geldstrafen in Gefängniß zuläßt, die Summe von fünf und zwanzig Gulden baierischer Reichserwährung einer achttägigen einfachen Gefängnißstrafe gleich, die Dauer derselben darf aber nie über drei Monate erstreckt werden. Das österreichische Gesetzbuch [4]) über Verbr. u. s. w. substituirt einer Geldstrafe von neunhundert Gulden einen strengen Arrest von einem bis zu drei Monaten. Der Code pènal [5]) läßt ebenfalls, wenn der Verurtheilte die Geldstrafe welche zum Besten des Staates verhängt ist, nicht bezahlen kann, statt ihrer nach ausgestandener Strafe eine Detention im Gefängnisse statt finden; diese darf sich aber bei Verbrechen nicht über ein Jahr, bei Vergehen nicht über sechs Monate, bei Polizeiübertretun-

---

2) §. 88. Th. II. 20. §. 89. Ebendas. Doch kann der Richter dieses Verhältniß nach der bekannten Beschaffenheit der Vermögensumstände des Verbrechers, auf zehn bis vierzig Thaler für acht Tage Gefängniß, erhöhen. — Die der Geldbuße substituirte Gefängnißstrafe darf sich nie über einen zehnjährigen Verlust der Freiheit erstrecken. Cab. Ord. v. 24sten Febr. 1812. G. S. v. 1812. S. 14. Ueber das Verhältniß der Züchtigung zur Freiheitsstrafe spricht ein Edikt vom 17ten Juli 1804, welches sich jedoch in den gewöhnlichen Sammlungen der preußischen Gesetze nicht befindet. S. v. Strombeck S. 125. Note.

3) Art. 34. 35.

4) Th. II. §. 266.

5) Art. 52. 53. 467.

gen nicht über funfzehn Tage erstrecken, sobald der Verhaftete seine Unfähigkeit zu zahlen nachweist. Sie kann jedoch, wenn er späterhin in den Stand kömmt Zahlung zu leisten, wiederholt werden.

Dritter Abschnitt.

Von der Bestrafung.

Erstes Kapitel.

Von der Anwendung der Strafgesetze überhaupt und dem Verhältnisse des Richters zu denselben.

§. 49.

Von der Anwendung der Strafgesetze überhaupt.

Die Anwendung der Strafgesetze, welche nach ihrer Fassung mehr oder weniger bestimmt seyn können, [1]) geschieht im Allgemeinen in eben derselben Weise, wie die der privatrechtlichen Normen. [2]) Nur haben, aus nahe liegenden Gründen, [3]) Strafgesetze, welche milder sind als das ältere

---

1) Man theilt die Strafgesetze gewöhnlich ein in bestimmte und unbestimmte. Feuerbach Lehrb. §. 76 — 78. Sie können bloß in Beziehung auf den Thatbestand, oder bloß in Beziehung auf die Strafe, oder in Rücksicht auf beide unbestimmt seyn.

2) S. Wächter Lehrb. Th. I. §. 31 — 34. §. 36.

3) Wenn die Obrigkeit ein milderes Strafgesetz erläßt oder ein bestehendes aufhebt, so geschieht dieses zunächst aus dem Grunde, weil sie die Strafe des ältern Gesetzes für zu hart, oder gar für unpassend hält, und weil sie folglich nicht will, daß dasselbe künftig angewendet werden solle.

Recht in dessen Stelle sie treten, in der Regel eine rückwirkende Kraft [4]) auf die Bestrafung von Verbrechen, welche unter der Herrschaft des ältern Gesetzes begangen sind. Die Strafgesetze verbinden ferner nicht nur alle Unterthanen [5]) des Landes, sondern auch die bloß temporär sich dort aufhaltenden Fremden, [6]) wenn denselben nicht kraft besonderer völkerrechtlicher Verhältnisse eine Exterritorialität zukommt. Eine solche genießen fremde Gesandte, durchmarschirende fremde Truppen, und fremde Fürsten, welche nicht in Diensten der Regierung stehen, in deren Lande sie sich aufhalten. [7]) Bestritten

---

4) Im gemeinen Rechte sind darüber die meisten Schriftsteller einverstanden. S. Wächter Lehrb. Th. I. S. 59. Auch die neuere Gesetzgebungen erkennen diesen in der Natur der Sache gegründeten Grundsatz an. S. Publikationspatent zum preuß. Landr. v. 5ten Febr. 1794. §. XVIII. Publikationspatent zum baierischen Str. G. B. v. 16. Mai 1813. Art. 2. Publikationspatent zum Oesterreich. Gesetzb. über Verbr. u. s. w. v. 3ten Sept. 1803. Auch die französische Strafgesetzgebung erkennt dieses Prinzip an. S. *Pailliet* Manuel du droit français zu art. 2. des code civil Note 6. Nr. 6.

5) Die Strafgesetze eines Landes können keine Anwendung auf den Regenten desselben erleiden, wenn dieser Handlungen begeht, die durch dieselben für Verbrechen erklärt sind. — Die sittliche Natur dieser Handlungen wird dadurch nicht geändert, aber es kann der Regent, nach der Natur und dem Wesen des Staates, rechtlich von keinem Menschen zur Verantwortung gezogen werden. Es ist aber nicht richtig, wenn man diesen Grundsatz in die frühere deutsche Reichsverfassung, und auf den Kaiser übertragen will. Dieser verdankte seine Würde einer Wahl der Fürsten, und konnte allerdings gerichtet und zur Strafe abgesetzt werden. S. Eichhorn Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. II. §. 288. und Wächter Lehrb. §. 35. Note 88.

6) S. Wächter a. a. O. §. 35. Note 84.

7) S. Feuerbach Lehrb. §. 31. Note a. Wächter a. a. O.

ist es, ob und in wiefern sie auch auf Verbrechen angewendet werden können, welche von den Unterthanen des Landes, wo sie gelten, im Auslande, und welche von Ausländern im Auslande begangen sind. [8]) In der erstgenannten Beziehung wird am passendsten unterschieden werden müssen, ob die im Auslande begangenen Verbrechen auch als solche erscheinen würden, wenn sie im Inlande begangen wären; ist dieses der Fall, so werden sie auch, weil zunächst jede Obrigkeit ihr eignes Recht anzuwenden hat, nach inländischem Rechte bestraft werden müssen, und das ausländische Recht wird nur alsdann anzuwenden seyn, wenn es milder als das diesseitige ist. [9]) Eine Ausliefe-

---

Preuß. Crim. Ord. §. 251 — 254. Oesterreich. Gesetzb. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 221. 4. II. §. 283.

8) Ueber die hieher gehörenden Fragen s. C. A. Tittmann Die Strafrechtspflege in völkerrechtlicher Rücksicht mit besonderer Rücksicht auf die deutschen Bundesstaaten. Dresden 1817. J. F. H. Abegg Ueber die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen. Landshut 1819. Egger Ueber Bestrafung der Verbrechen, welche im Auslande begangen werden mit Rücksicht auf die österreich. Strafgesetzgebung in v. Zeiller's jährlichen Beiträgen zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den österreich. Staaten. Bd. IV. Nr. III. v. Kamptz Bruchstücke über das Recht eines Staats, die, gegen ihn im Auslande von einem Ausländer begangenen Verbrechen zu bestrafen. In den Jahrbüchern für die preuß. Gesetzgebung u. s. w. Heft 47. S. 19. u. ff.

9) Die Meinungen der neuern Schriftsteller über diesen Punkt sind sehr getheilt. Manche nehmen an, daß die inländischen Strafgesetze unbedingt auch auf alle Verbrechen Anwendung erleiden die von diesseitigen Unterthanen im Auslande begangen werden. S. Tittmann Hdbch §. 31. Note y. Andere behaupten daß nur die Gesetze des Landes in denen Jemand lebt, zur Anwendung kommen könnten. Z. B. Henke Handb. S. 606 u. 607. noch Andere wollen nur die im Auslande begangenen Verbrechen im Inlande gestraft wissen, welche ein Unterthan gegen diesseitige Unterthanen, oder ge-

rung inländischer Unterthanen an ausländische Gerichte findet aber nach den meisten neuern Gesetzgebungen nicht

---

gen den Staat dem er angehört, beging. Feuerbach §. 31. a. E. (Vergl. Wächter Lehrb. §. 35. Note 85.) Das kanonische Recht sagt: c. 2. in VIto de constitutionib. (I. 2.) Ut animarum periculis obvietur, sententiis per statuta quorumcunque ordinariorum prolatis, *ligari nolumus ignorantes;* (hierin liegt offenbar die ratio legis) cum tamen eorum ignorantia crassa non fuerit aut supina. Statuto Episcopi, quo in omnes, qui furtum commiserint, excommunicationis sententia promulgatur; subditi ejus furtum extra ipsius diöcesin committentes, minime ligari noscuntur, cum extra territorium jus dicenti non pareatur impune. Oesterreich. Strafgesetzb. Th. I. §. 30. Ueber Verbrechen die ein Unterthan dieser Länder im Auslande begangen hat, ist bei seiner Betretung, ohne Rücksicht auf die Gesetze des Landes wo das Verbrechen begangen worden, die Strafe nach diesem Strafgesetze auszumessen. Baierisches Str. G. B. Art. 30. Th. II. Kein baierischer Unterthan darf einem auswärtigen Staate zur Untersuchung und Bestrafung ausgeliefert werden; er ist wegen der im Auslande oder gegen einen auswärtigen Staat begangenen Verbrechen von dem inländischen Gerichte, wo er ergriffen wird, zu untersuchen, auch bloß nach baierischen Gesetzen zu strafen; jedoch vorbehaltlich der Bestimmung besonderer Staatsverträge, oder besonderer Uebereinkunft. Publik. Pat. Desselb. G. B. Art. 3. Den Verordnungen dieses Gesetzbuches sind alle Unsre Unterthanen ohne Unterschied unterworfen; sie werden nach denselben gerichtet, sowohl wegen derjenigen Uebertretungen, welche sie in ihrem Vaterlande begehen, als auch wegen derjenigen, deren sie sich im Auslande, gleichviel ob an Uns oder Unseren Unterthanen, oder an einem auswärtigen Staate oder dessen Unterthanen schuldig gemacht haben. Preuß. Crim. Ord. §. 98. Wenn die Handlung des angeschuldigten diesseitigen Unterthans nur nach den auswärtigen und nicht nach den hiesigen Gesetzen strafbar ist; so findet weder Untersuchung noch Bestrafung statt. Vergl. §. 15. Preuß. Landr. Th. II. 20. *Code d'instr.* Art. 5. Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du territoire de France, d'un crime attentoire à la sureté de l'état, de contrefaction du sceau de l'état, de monnoies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisès par la loi, pourra etre poursuivi, jugè et puni en France, d'après les dispositions des

statt, [10]) und ob die Verbrechen welche im Auslande oder gegen den auswärtigen Staat begangen, und welche nach dem diesseitigen Strafrechte mit keiner Strafe bedroht sind, auch mit Rücksicht auf das fremde Recht bestraft werden können, hängt von besonderer völkerrechtlicher Uebereinkunft ab. In Betreff der Ausländer, welche im Auslande Verbrechen begingen, wird dagegen zunächst der völkerrechtliche Gesichtspunkt entscheiden, und es wird zunächst darauf ankommen, ob das im Auslande begangene Verbrechen gegen den diesseitigen Staat oder dessen Unterthanen gerichtet gewesen ist. Legt man nun der diesseitigen Regierung, wie es der Natur der Sache nach geschehen muß, das Recht bei, Genugthuung zu fordern, oder sich dieselbe, wenn die Umstände es erlauben oder rathsam machen, selbst zu verschaffen, — so leidet es keinen Zweifel, daß ein Fremder der im Auslande ein Verbrechen gegen den diesseitigen Staat oder gegen einen Unterthanen desselben begangen hat, wenn er sich im Inlande betreten läßt, nach den Gesetzen dieses Landes bestraft werden muß. — Gehören aber die im Auslande begangenen Verbrechen des Fremden nicht zu den eben genannten, so wird derselbe entweder an die Regierung des Landes, wo er das Verbrechen beging aus-

---

lois françaises. Art. 7. Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du territoire de l'Empire, d'un crime contre un Français, pourra, à son retour en France, y être poursuivi et jugè, s'il n'a pas etè poursuivi et jugè en pays étranger, et si le Français offensè rend plainte contre lui.

10) Baierisches Strafgesetzb. Art. 30. Th. II. Oesterreich. Strafgesetzb. Th. I. §. 30. Preuß. Rescr. vom 10ten Okt. 1803. Akad. Edikt. Samml. v. 1803. S. 1897 — 1898. Nach französischem Rechte wird die Auslieferung eines französ. Unterthanen von der Entscheidung des Regenten abhängig gemacht. *Pailliet* a. a. O. Code d'instr. Art. 5. Note a. Nr. 2.

geliefert, oder, wenn diese ihn nicht übernehmen will und seine Handlung auch nach den Gesetzen des Landes, wo er ergriffen wurde, strafbar ist, nach diesen bestraft werden müssen. [11])

---

11) Es ergiebt sich dieses von selbst, sobald man von der Verpflichtung jeder Obrigkeit Recht und Gerechtigkeit zu handhaben und begangene Verbrechen um der Gerechtigkeit willen zu strafen, ausgeht. — Das Nächste ist dann, daß eine Regierung sich erbietet den fremden Verbrecher auszuliefern; will die fremde Regierung ihn nicht übernehmen, so hört auch dadurch der Verbrecher auf, derselben anzugehören, und es hebt nun die Verpflichtung der Regierung des Landes, wo der Verbrecher ergriffen wurde, an, dem Rechte freien Lauf zu lassen. — Uebrigens wird auch hier das Recht des Landes, wo das Verbrechen begangen wurde, wenn es milder ist, als das einheimische, (aber auch nur in diesem Falle) angewendet werden müssen. Die oben als richtig aufgestellten Grundsätze sind ausgesprochen in dem Oesterreich. Gesetzb. über Verbr. u. s. w. §. 32. Hat ein Fremder im Auslande ein Verbrechen begangen, das auf die Verfassung, auf die öffentlichen Creditpapiere, oder auf das Münzwesen dieses Staates Einfluß hat; so ist derselbe gleich einem Eingebornen nach diesem Gesetze zu behandeln. §. 33. Hat das im Auslande begangene Verbrechen, auf die erwähnten Gegenstände keinen Einfluß, so ist der fremde Verbrecher zwar immer in Verhaft zu nehmen, sich aber sogleich mit demjenigen Staate, wo er das Verbrechen begangen hat, über die Auslieferung desselben in Vernehmen zu setzen. §. 34. Sollte der auswärtige Staat die Uebernehmung verweigern, so ist gegen den ausländischen Verbrecher in der Regel nach Vorschrift des gegenwärtigen Strafgesetzbuchs vorzugehn. Dafern aber nach dem Strafgesetze des Orts, wo er die That begangen, die Behandlung gelinder ausfiele, ist er nach diesem gelindern Gesetze zu behandeln. Dem Strafurtheile muß noch die Verweisung, nach vollendeter Strafzeit angehängt werden. *Code d'instr.* art. 6. Cette disposition (die aus Art. 5. s. d. Note 9.) pourra être etendue aux etrangers, qui auteurs ou complices de mêmes crimes, seroient arrêtès en France, ou dont le Gouvernement obtiendroit l'extradition. §. 14. Preuß. Landr. Th. II. 20. Fremde aber, wenn sie wegen auswärts begangener Verbrechen zur Strafe gezogen werden sollen, müssen nach den Gesetzen des Orts, wo sie das Verbrechen begangen haben, beurtheilt werden. §. 15. Ebendas. Doch

§. 50.

Von dem Verhältnisse des Richters zu den Strafgesetzen.

Grolman, Ueber doctrinelle Gesetzauslegung, in dessen Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft Bd. I. Heft 1. Seite 51 — 80.

S. Jordan, Ueber die Auslegung der Strafgesetze, mit besonderer Rücksicht auf das gemeine Recht. Landshut 1818.

Das allgemeine Verhältniß des Richters zu den Strafgesetzen ist das, daß er unter denselben steht, und sie anzuwenden hat, mithin keineswegs willkührlich von ihnen abweichen und die Anwendung unterlassen, noch auch gelinder oder strenger seyn kann, als das positive Recht seines Landes es fordert. — Er verletzt mithin namentlich seine Pflicht, wenn er sich von einer falschen Milde hinreißen läßt, und ein Begnadigungsrecht ausübt, welches nur dem Regenten zusteht obwohl er im Zweifel allerdings der mildern Meinung folgen muß. [1]) Auf der andern Seite darf

---

kommt es allen denen, welche wegen auswärts begangener Verbrechen innerhalb Landes bestraft werden sollen, zu statten, wenn die hiesigen Gesetze eine gelindere Strafe auf das auswärts begangene Verbrechen bestimmt haben. Publikat. Pat. des Baierischen Str. G. B. Art. 4. Ausländer werden nach gegenwärtigem Strafgesetzbuche gerichtet — — — — — wegen der im Auslande begangenen Rechtsverletzungen — — — wenn dieselben an Uns selbst, an dem baierischen Staate oder an einem Unsrer Unterthanen verübt worden sind, jedoch vorbehaltlich desjenigen, was etwa durch Staatsverträge oder besondere Uebereinkunft anders bestimmt ist.

1) fr. 11. pr. D. de poenis (XLVIII. 19.) Perspiciendum est judicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit. Nec enim aut severitatis aut clementiae gloria affectanda est, sed perpenso judicio, prout quaeque res expostulat, statuendum est. Plane in levioribus causis proniores ad lenitatem judices esse debent, in gravioribus severitatem legum, cum aliquo temperamento, benignitatis subsequi. fr. 42.

er aber auch nicht zum Sklaven des Buchstabens erniedrigt werden, sondern es geziemt ihm in den Geist und in das System des positiven Rechts einzugehen, welches er handhabt, und es ist eine eben so irrige als für die Rechtspraxis nachtheilige Ansicht, wenn man das Ermessen des Richters in zu enge Gränzen einschließen, und ihn für alle, möglicher Weise vorkommenden Fälle durch Vorschriften und Gesetze binden will. [2]) — Das Nähere über die Gränzen der Befugniß des Richters bei Anwendung der Gesetze, kann sich aber nur aus dem Geiste eines jeden positiven Rechtssystems selbst ergeben, und man darf nicht, wie es häufig geschieht, vergessen, daß die Stellung des Richters, der das gemeine Recht anzuwenden hat, eine bei weitem freiere ist, als die neuern Gesetzgebungen sie gestatten, und

---

Ibid. Interpretatione poenae molliendae sunt potius, quam asperandae. C. C. C. Art. 150. Hierumb so diser sach eyne für den Richter vnd urtheyler kompt, sollen sie bei den rechtverstendigen vnd an enden vnnd orten, wie zu end diser vnser ordnung angezeygt radts gebrauchen, und in nicht eygen vnuernünfftig regel oder gewohnheyt darinn zu sprechen machen, die dem rechten widerwertig sein, als zu zeitten an den peinlichen gerichten bißher beschehen, daß die vrtheyler der vnderschied jeder sach nit hören vnnd bewegen, daß ist ein grosse thorheyt und volgt darauß daß sie sich zu vil maln irren, thun den leutten vnrecht, vnnd werden an jrem blut schuldig, so geschicht auch vil daß Richter vnd vrtheyler die mißthäter begünstigen, vnnd jre handlung darauf richten, wie sie jn das recht zu gut verlengen, vnd wissentlich übelthätter dardurch ledig machen wollen, vermeynen vielleicht etlich eynfeltig leut, sie thun wol daran, daß sie denselben leutten jr leben retten. Sie sollen wissen, daß sie sich schwerlich darmit verschulden, vnnd sein den anklägern derhalb vor gott vnd der welt widerkerung schuldig, wann eyn richter vnd vrtheyler ist bey seinem eydt vnd seiner seel seeligkeit schuldig, nach seinem besten verstehn gleich vnd recht zu richten. — — —

2) S. oben S. 63. S. 81 und 82. S. 91 — 94.

die Aufgabe für diese wird heutzutage vornämlich darin bestehen, in der Beschränkung und Freilassung des richterlichen Ermessens die rechte Mitte zu treffen, weil beide Extreme für die Rechtspflege nachtheilig sind. — Die einzelnen im Umkreise der richterlichen Gewalt liegenden Befugnisse sind aber folgende: 1) Der Richter hat das Recht und die Pflicht die Strafgesetze auszulegen; [3]) wie natürlich hängt aber der größere oder geringere Einfluß dieser Befugniß von der Fassung der Strafgesetze ab. In jedem Falle steht aber dem Richter nicht bloß eine grammatische, sondern auch eine logische Erklärung frei; indessen werden heutzutage die etwanigen Zweifel, welche bei der Anwendung der neuern Gesetzgebungen entstehen könnten, meistentheils durch authentische Interpretation gehoben. — Wo diese nicht eintritt ist der Richter bei Anwendung der Strafgesetze an die allgemeinen juristischen Auslegungsregeln gebunden, muß aber im Zweifel der Ansicht folgen, welche dem Angeschuldigten am wenigsten nachtheilig ist. [4])

---

3) Grolman Ueber doctrinelle Gesetzauslegung. Ein Fragment zur richtigen Beurtheilung des 104 und 105 Art. der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. in dessen Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde. Th. I. Stck 1. S. 51. ff.

4) S. Note 1. ob. u. fr. 155. §. 2. D. de Regul. Jur. (L. 17.) In poenalibus causis benignius interpretaudum est. Ohne Einsicht in die Natur des positiven Rechts und in das Wesen des richterlichen Amtes, stellt Beccaria (Von Verbrechen und Strafen §. 4.) folgende Ansicht auf: „Nicht einmal die Macht, peinliche Gesetze auszulegen, kann den peinlichen Richtern zugestanden werden, aus derselben Ursache, weil sie keine Gesetzgeber sind. Die Richter haben von unsern Vorvätern die Gesetze nicht empfangen, nur als eine mündlich überlieferte Lehre, oder als einen letzten Willen, wodurch den Nachkömmlingen, nur die Sorge sie zu befolgen überlassen worden wäre, sondern sie empfangen sie von der lebenden Gesellschaft oder von der obersten Gewalt, welche jene vorstellt, und die

2) Verschieden von der Befugniß des Richters die Strafgesetze auszulegen ist die Frage, ob er dieselben analogisch anwenden und auf Fälle ausdehnen dürfe, welche nicht ausdrücklich in denselben genannt sind. [5]) Daß dieses im gemeinen deutschen Rechte gestattet sey, leidet, wenn man den Geist der C. C. C. und namentlich die Worte der Art. 104 und 105 [6]) erwägt, keinen Zweifel, und in

---

rechtmäßige Verwahrerin ist der neu vereinigte Wille der Unterthanen, als durch welche Verwahrung eben das enge Band der bürgerlichen Gesellschaft gebildet wird." — — — — — — — „Nichts ist so gefährlich als der allgemeine Grundsatz: man müßte den Geist der Gesetze zu Rathe ziehen, dies ist ein durchbrochener Damm, der dem Strome der Vorurtheile entgegengesetzt wird. Diese Wahrheit, welche gemeinen Geistern widersinnig zu seyn scheint, die von einer kleinen gegenwärtigen Unordnung mehr betroffen werden, als von den traurigen aber entfernten Folgen, welche von einem falschen bei einer Nation eingewurzelten Grundsatze entstehen, diese Wahrheit scheint mir erwiesen zu seyn." — — — — — — —. Widerlegt wurden diese Irrthümer bereits von G. C. F. Schall Von Verbrechen und Strafen. Eine Nachlese und Berichtigung zu dem Buche des Markese Beccaria eben dieses Inhalts. S. 13. u. ff. Das Argument, welches dieser Schriftsteller S. 16. aufstellt, ist in der That hinreichend, die Seichtigkeit der Meinung Beccaria's in das gehörige Licht zu stellen. Ein Mensch der wegen Bigamie angeklagt wäre, müßte, wenn die Richter lediglich an den Buchstaben gebunden wären, freigesprochen werden, wenn er, vorsichtig genug, gleich beim Anfange der Untersuchung die dritte geheirathet hätte.

5) Man kann in dieser Beziehung, die Rechtsanalogie von der der Gesetzesanalogie unterscheiden. Die erstgenannte würde die Anwendung der aus dem Geiste der Gesetzgebung fließenden Grundsätze auf solche Fälle seyn, welche in den Gesetzen gänzlich übergegangen sind, und sich auch nicht einmal, wenn man auf den Grund des Gesetzes sieht, unter eine einzelne Norm subsumiren lassen. Gesetzesanalogie würde dagegen die Anwendung eines einzelnen Gesetzes auf nicht ausdrücklich entschiedene ähnliche Punkte, wegen Gleichheit des Grundes seyn. S. Wächter Lehrb. Th. I. §. 41. Vergl. oben S. 92 und 93.

6) S. oben §. 15. Note 3. Der Art. 105. sagt ausdrücklich:

praktischer Beziehung wird es hauptsächlich darauf ankommen, ob die Analogie bereits in der vorhandenen Praxis ein Organ und einen Ausdruck gefunden hat. Die neuern Gesetzgebungen schneiden dagegen durch ihre Fassung oder durch ausdrückliche Bestimmung [7]) dem Richter ein Berufen auf die Analogie in sofern ab, als sie meistentheils ausdrücklich erklären, daß nur die im Gesetzbuche selbst, oder in andern Gesetzen namentlich genannten Fälle als Verbrechen bestraft werden sollen. [8]) Man wird demnach,

---

Es sollen die Richter und Urtheiler in den peinlichen Fällen, welche nicht namentlich in der C. C. C. aufgeführt sind, Raths pflegen, wie „unsern Keyserlichen rechten vnd diser unser ordnung am gemessigsten gehandelt und geurtheylt werden soll, wann nit alle zufellige erkenntnüß vnd straff inn diser vnser ordnung gnugsam mögen bedacht vnd beschriben werden.“ S. Hofacker Beiträge zur richtigen Erklärung des 104ten und 105ten Artikels der peinlichen Gerichtsordnung, im Neuen Arch. des Cr. R. Bd. V. Stck 3 S. 446 u. ff. und über die verschiedenen Meinungen der Neuern Wächter Lehrb. Bd. I. §. 41.

7) S. oben §. 15. Note 3. vergl. dagegen fr. 3 — 6. 10. 12. 13. 27. D. de legib. (I. 3.) fr. 7. §. 3. D. Ad Leg. Jul. Maj. (XLVIII. 4.) — — — si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad *exemplum legis* vindicandum est. fr. 7. princ. u. §. 2. D. de jurisdict. (II. 1.) Si quis id, quod jurisdictionis perpetuae causa, — — — propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum — — — judicium. — — — §. 2. Quod si dum proponitur, vel ante propositionem quis corruperit, *edicti quidem verba cessabunt, Pomponius autem ait sententiam edicti porrigendam esse ad haec.*

8) Nur im preußischen Landrechte dürfte der Gebrauch der Analogie dem Richter nicht verboten seyn. Der §. 49. der Einleitung sagt: „Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muß er zwar nach den in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäß, erkennen; §. 50.

weil diese Gesetzbücher schon nach ihrer ganzen Fassung darauf ausgehen, alle Straffälle aufzunennen die nur vorkommen können, annehmen müssen, daß der Gesetzgeber, wenn er einen Fall übergangen hat, nicht wolle, daß derselbe mit Strafe zu belegen sey; auch wird dem Richter bei der Anwendung dieser neuern Gesetzgebungen, (namentlich der baierischen und französischen,) nach dem Geiste derselben nur eine strenge Interpretation, und keine ausdehnende Auslegung zu gestatten seyn. 3) Auch die Frage, ob dem Richter ein Strafschärfungs- und Strafmilderungsrecht zustehe, ist häufig, ohne Rücksicht auf den Charakter der anzuwendenden Gesetzgebung, bejahend oder verneinend entschieden worden. [9]) Nach gemeinem Rechte ist es durchaus nicht zu bezweifeln, daß die Strafbestimmungen keine so unverrückbar feste Norm abgeben, daß der Richter, falls besondere, erschwerende oder mildernde, Umstände vorkommen, nicht auch eine härtere oder gelindere Strafe wählen könnte, als die Worte des Gesetzes bestimmen. [10]) Der große Mißbrauch aber, wel-

---

Er muß aber zugleich diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz sofort anzeigen." — Das hierdurch etwa veranlaßte Gesetz soll aber nach §. 51. keine rückwürkende Kraft haben.

9) Ueber die Meinungen der Neuern s. Wächter Lehrb. §. 115. Die Meisten erklären sich für die Befugniß des Richters die Strafe zu mildern und zu schärfen.

10) Die ältern gemeinrechtlichen Criminalisten theilen alle diese Ansicht. Sehr richtig sagt Böhmer (Meditationes in C. C. C. ad art. 105. §. III.): — Nulla poena delictis imposita datur, quam immutabili lege, eousque servari oporteat, ut nullum prorsus judici arbitrium supersit, ab eadem suo tempore recedendi. Augent, secant, temperant JCti, nec eodem semper *modo*, unius ejusdemque delicti reos puniunt, sed prout circumstantiae facti praesentis suggerunt. Quicquid legislatores, dum poenam de-

chen man in späterer Zeit, namentlich mit den Strafmilderungsgründen trieb, wurde aber die nächste Ursache, daß die neuern Gesetzgebungen die richterliche Gewalt in engere Gränzen

---

licto imponunt, intendunt, huc pertinet, ut regulam judicibus suggerant, fluctuantibus subveniant, impediantque, ne omnia in foro criminali manu regantur, et quod hodie placet, cras in eodem specie displiceat. — — — — — — Quum vero, quotquot sanctiones poenales exstant, utique certas *conditiones*, ex natura delicti petitas, cui regula praescripta accommodatur, supponant, fieri aliter non potest, quam, ut, quoties a regula deviandum, talis circumstantia in promptu sit, in qua vel ratio legis cessat, vel *principium* juris criminalis *commune*, quod cum littera legis collidere videtur, exulat. Minima enim circumstantia factum jurisque applicationem variat, et multiplex mixtura circumstantiarum in speciebus occurrentibus, non potest non *variam* applicationem probare, judicemque retrahere, vel incitare, ut suspensa littera legis, casu *praesenti* conveniente statuat. — — — —. Atque hoc sensu omnes omnino poenae sunt *arbitrariae*. — — —. Diese Ansicht über die richterliche Gewalt geht allerdings aus dem Geiste des gemeinen Rechts hervor, obwohl die Quellen desselben auch in dieser Lehre keine abstrakten Regeln aufstellen, sondern sich nur gelegentlich aussprechen; s. besonders C. C. C. Art. 124. 142. 146. 159. 172, auch 104 und 105 und fr. 5. §. 2. fr. 13. Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel leviorem, vel graviorem, ita tamen ut in utroque modo rationem non excedat. fr. 28. D. de poenis (XLVIII. 19.) Dabei blieben aber immer die alten gesetzlichen Strafen ein Anhaltspunkt für den Richter. fr. 8. D. de public. judic. (XLVIII. 1.) Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit, durante tamen poena legum, cum extra ordinem crimina probantur. fr. 38. §. 8. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) fr. 1. §. 3. D. ad leg. Cornel de sic. (XLVIII. 8.) c. 4. C. de serv. fugit. (VI. 1.) c. 4. C. ad leg. Jul. de adnlt. (IX. 9.) Eine, nicht auf rechtlichen Gründen beruhende, Willkühr war aber dem Richter keineswegs eingeräumt. c. S. C. ad leg. Jul. de vi publ. vel priv. (IX. 12.) *Paulus* S. R. Lib. V. tit. 25. §. 4. fr. 1. §. 3. D. ad leg. Cornel. de sic. (XLVIII. 10.) Sed et si judex constitutiones principum neglexerit, punitur.

einschlossen, und die gesetzlich gestatteten Milderungsgründe entweder im Voraus bestimmten, oder wenigstens dem Richter den höchsten und niedrigsten Grad der Strafe vorschrieben, über welchen er nicht hinausgehen dürfe. [11]) Die erstgenannte Maaßregel dürfte namentlich in Beziehung auf die Todesstrafe unumgänglich nothwendig seyn. 4) Auch die Strafverwandlung ist dem Richter nach dem Geiste der gemeinrechtlichen Quellen verstattet, sobald rechtliche Gründe dazu vorhanden sind; [12]) die neuern Gesetzgebungen schränken auch hier sein Ermessen auf gewisse gesetzlich vorherbestimmte Fälle ein. [13]) Daß der Richter mit dem Ver-

---

11) §. 45. Preuß. Landr. Th. II. 20. §. 58—63. Ebendas. Oesterreich. Gesetzb. über Verbr. u. s. w. §. 26. Th. I. §. 26. Th. II. Baierisches Strafgesetzb. Art. 90 und 97. Code pènal art. 65.

12) Diese Gründe können theils darin liegen, daß es physisch unmöglich ist die gesetzlich vorgeschriebene Strafe zu vollstrecken, (z. B. eine Geldstrafe an einem Unvermögenden;) theils darin, daß dieselbe für den Verbrecher ein zu hartes Leiden enthalten würde, (z. B. körperliche Züchtigung, wenn der zu Bestrafende sie ohne Nachtheil für seine Gesundheit nicht aushalten könnte;) theils darin, daß die Anstalten zur Vollstreckung einer gewissen Strafe, (z. B. Zuchthäuser oder Festungen,) fehlen. fr. 1. §. 3. D. de poenis (XLVIII. 19.) C. C. C. Art. 104. — — — Wenn vnser Keyserlich recht, etlich peinlich straff setzen, die nach gelegenheyt diser zeit vnd land unbequem, vnd eyns theyls nach dem buchstaben nit wol müglich zu gebrauchen weren. — — — S. übrigens Wächter Lehrb. Th. I. §. 120. Besonders bestritten ist es, ob, wenn der Verbrecher die strafbare Handlung begangen hat, um hingerichtet zu werden, eine Strafverwandlung, eintreten müsse? (s. Wächter a. a. O. Note 91.) Wenn die Gesetzgebung keine Schärfung der Todesstrafe durch einen schmerzlichen Zusatz gestattet, so wird, vorausgesetzt daß jenes Motiv würklich erwiesen ist, allerdings eine strenge und durch wiederholte Züchtigung geschärfte Gefangenschaft der einfachen Hinrichtung vorzuziehen seyn. §. 831. und 832. Preuß. Landr. Th. II. 20.

13) Das preuß. Landrecht läßt unter den neuern Gesetzge-

brecher nicht einen Vergleich abschließen und die Strafe in eine Geldbuße verwandeln könne, ergiebt sich aus dem Begriffe des richterlichen Amtes von selbst. [14])

---

bungen dem richterlichen Ermessen in der Wahl der Strafmittel am meisten Spielraum. S. z. B. §. 130. §. 142. Ebend. Ob er auf Festungs- oder Zuchthausstrafe erkennen will ist ihm in der Regel überlassen. Weit strenger ist das österreichische Gesetzbuch (Th. I. §. 27.) über Verbr. u. s. w., das baierische Strafgesetzbuch (Art. 95.) und der Code pénal (art. 55.), welche eine Strafänderung dem Richter nur da zulassen, wo dieselbe gesetzlich erlaubt ist.

14) Aeltere Criminalisten dehnen zuweilen das Strafverwandelungsrecht des Richters so weit aus, daß sie demselben eine transactio pro redimenda vexa gestatten. v. Quistorp Grundsätze §. 104. Diese, (mit Recht verwerfliche,) Sitte schließt sich an das alte germanische Compositionensystem an. Vergl. *Carpzov* Pract. rer. crim. P. III. Qu. 148. Nr. 17. u. ff.

Zweites Kapitel.

Von dem Maaßstabe der Strafbarkeit der Verbrechen.

§. 51.

Von den Abstufungen der Strafbarkeit überhaupt.

Da die Strafe zunächst eine Vergeltung der Schuld ist, diese aber sehr verschieden seyn kann, so muß zwischen jedem einzelnen Verbrechen und seiner Strafe ein gewisses Verhältniß statt finden; die Momente, nach welchen dieses zu bestimmen ist, pflegt man den Maaßstab der Strafbarkeit zu nennen. Ein solcher läßt sich nun allerdings aus dem positiven Rechte, jedoch nur nach seinen allgemeinen Grundzügen, entwickeln; aber es ist ein vergebliches Bemühen, [1]) unabhängig von jenem, ein innerlich nothwendiges

---

1) Die Anhänger der verschiedenen Strafrechtstheorieen entwickeln ohne Rücksicht auf das positive Recht, die Lehre vom Maaßstabe der Strafbarkeit von dem subjektiven Standpunkte der Grundprinzipien aus, welche sie für die höchsten und letzten ansehen. Viele Anhänger der s. g. relativen Theorieen stimmen darin überein daß die Strafe größer seyn müsse, als der Vortheil den der Verbrecher aus seiner That zieht. Aber wie läßt sich dieser ermitteln, wenn z. B. der Verbrecher bloß seine Rache befriedigen wollte? Auch würde diese Gleichung in vielen Fällen, (z. B. wenn Jemand für Geld einen Mord verübt hat,) zu einem praktisch ganz unbrauchbaren Resultate führen. (Ueber die Anhänger dieser Ansicht s. Henke Handb. Th. I. S. 499. Note 1.). Andere (z. B. Feuerbach Revision u. s. w. Th. II. S. 204 u. ff.) wollen dagegen die Größe der für den Staat aus einem Verbrechen hervorgehenden Gefahr zum Maaßstabe der Strafbarkeit machen; aber abgesehen davon, daß diese Ansicht auf den sitt-

Verhältniß aufzufinden, wonach das Quantum der Strafe bestimmt werden könnte, weil die größere oder geringere Strenge der Strafe, sowohl in Hinsicht der Qualität als der Quantität derselben, lediglich von dem positiven Rechte, und mithin, wie dieses, von rein faktischen und positiven Vorfragen und Bedingungen abhängt. Nur soviel wird sich mit Bestimmtheit nachweisen lassen können, daß gewisse Verbrechen immer mit dem Tode bestraft zu werden verdienen; (vergl. oben §. 41.) aber auch hier wird das Nähere immer wieder durch die Frage bedingt, ob das positive Recht eines Volkes die Erschwerung der Todesstrafen anerkennt oder verwirft. Alle übrigen Gleichungen zwischen Verbrechen und Strafen können nur innerhalb eines konkreten, positiv gegebenen Rechtssystems gezogen werden, und

---

lichen Unwerth der That, im Widerspruche mit dem Geiste des gemeinen deutschen Rechts, keine Rücksicht nimmt, so ergiebt sich aus derselben ebenfalls keine praktisch brauchbare Consequenz, und das positive Recht muß dann doch wieder, theils über das konkrete Strafmaaß, theils darüber entscheiden, in welchem Grade jedes Verbrechen staatsgefährlich sey. Manche Anhänger der s. g. absoluten Strafrechtstheorieen verwerfen schlechthin jede Rücksicht auf die politische Seite des Verbrechens und der Strafe. Dieses thut namentlich Kant, (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre S. 226. u. ff. 2te Aufl.) welcher, ohne Rücksicht auf die Würklichkeit, den Maaßstab der Strafbarkeit lediglich aus dem jus talionis ableitet. Noch Andere stellen gar mathematische Formeln auf, nach welchen in jedem einzelnen Falle die Größe der Verschuldung berechnet, und ein ihr entsprechendes Strafquantum ausgemittelt werden kann. v. Santen Versuch, die Größe der Criminalverbrechen in jedem Falle, nach einem sichern Verhältniß zu bestimmen. Rostock 1816. (Auf eine ähnliche Weise bestimmt schon das Ostfriesische Landrecht herausgegeb. von v. Wicht die Größe der Composition jeder Wunde nach der Länge, Breite und Tiefe derselben. S. die S. 733 Ebendas. befindliche Tabelle.) Vergl. über diese Lehre Henke Hdbch, Bd. I. S. 491. u. ff, und Wächter Lehrb. Th. I. §. 105 u. 106.

eine allgemein für alle Zeiten und Völker gültige, innerlich nothwendige, materielle Commensurabilität zwischen beiden ist nicht nachzuweisen. [2]) Was aber die leitenden Gesichtspunkte betrifft, von welchen die einzelnen positiven Rechtssysteme ausgehen, so sind in dieser Beziehung die einzelnen Bestandtheile des spätern gemeinen deutschen Rechts scharf von einander zu unterscheiden. Das römische Recht, [3]) wie es in den Quellen vorliegt, hält hauptsächlich den politischen Gesichtspunkt fest, und bestimmt die Strafe vornämlich mit Rücksicht auf den Schaden und nachtheiligen Einfluß, den das Verbrechen auf die Ordnung des Staats und die öffentliche Sicherheit hat; das kanonische Recht [4]) wägt, seinem Charakter gemäß, die sittliche Schuld des Ver-

---

2) Hiermit hängt auf das Genaueste die Frage über die Stufenleiter der einzelnen Strafmittel zusammen. Selbst diese wird sich nicht ohne Rücksicht auf die Individualität der Verbrecher, und mithin niemals nach rein abstrakten Voraussetzungen festsetzen lassen. So z. B. ist es durchaus nicht als etwas innerlich Nothwendiges nachzuweisen, daß eine körperliche Züchtigung, als Strafart, immer schwerer sey als die Freiheitsstrafe, und daß die Geldbuße immer leichter sey als diese. Die schwerste Strafe ist unstreitig die Todesstrafe, und an diese schließt sich ohne Zweifel, eine schmähliche, harte, langdauernde oder lebenswierige Freiheitsstrafe; die übrigen Freiheits-, Leibes-, Vermögens- und Ehrenstrafen lassen sich, als Strafarten, einander weder über- noch unterordnen; nur in sofern werden sie zu klassifiziren seyn, als sie in jedem einzelnen Falle, den Verbrecher mehr oder weniger afiziren, und ihre Würkung länger oder kürzer dauert. — Eine Rangordnung der Strafmittel, wird aufgestellt von Tittmann Hdbch §. 78. Feuerbach Lehrb. §. 155.

3) Dieses läßt sich weniger aus einzelnen Stellen, als aus dem Geiste des Ganzen nachweisen. Wir werden auf dieses leitende Prinzip des römischen Rechts im besondern Theile bei den einzelnen Verbrechen hindeuten.

4) S. oben §. 9.

brechers; das altgermanische System, [5]) welches nur die sinnlich wahrnehmbare Seite des Verbrechens auffaßt, läßt zunächst den materiellen Schaden bezahlen. Nachdem diese drei verschiedenen Rechtssysteme sich in dem spätern gemeinen deutschen Rechte vermischt hatten, wird die Strafbarkeit auch nach jenen drei verschiedenen Beziehungen, auf die sittliche, [6]) politische und materiell schädliche Seite des Verbrechens, bestimmt werden müssen. Hiernach kömmt es aber vornämlich auf folgende Momente an: [7]) 1) Die Strafbarkeit bestimmt sich nach der größern oder geringern Unsittlichkeit des Willens, [8]) deren Grad

---

5) S. oben §. 4.

6) Daß die juristische Strafbarkeit auch durch den sittlichen Unwerth der That bedingt sey, ist in neuerer Zeit häufig bestritten worden. Beccaria, welcher auch hier ein Tonangeber der falschen Lehre ist, sagt: (Von Verbrechen und Strafen §. 7.) „Die vorgemeldeten Bemerkungen geben mir Veranlassung zu behaupten, daß der einzige und wahre Maaßstab der Verbrechen, der dem gemeinen Wesen zugefügte Schaden sey; deswegen haben sich diejenigen sehr geirrt, welche den mehr oder weniger boshaften Willen des Urhebers einer That dafür genommen haben.“ — Aber eine auch nur flüchtige Ansicht der deutschen Gesetze beweist, wie wenig dieser gemeine Standpunkt der ihrige ist. Vergl. das gesammte erste Kapitel des 9ten Theils von Gerstlacher's Handbuch der teutschen Reichsgesetze, welches die Verordnungen enthält, welche sich auf Religion, gute Sitten, Zucht und Ordnung, und auf die Sorge für die Wissenschaften beziehen.

7) Man unterscheidet gewöhnlich einen subjektiven, von einem objektiven Maaßstabe der Strafbarkeit, je nachdem die Momente derselben in der Person des Thäters oder in der That liegen. Aber der Wille des Thäters manifestirt sich nur in der That, und je schwerer diese ist, desto strafwürdiger ist auch der Wille des Thäters.

8) Nachdem man in neuern Zeiten das Strafrecht von seiner sittlichen Grundlage gesondert hatte, hat man diese Rücksicht häufig

sich aber hauptsächlich aus der That erkennen läßt. Deshalb wird z. B. ein Mord härter bestraft als der Todschlag, weil im ersten Falle eine vorbedachte Bosheit, im letztern bloß ein Aufwallen der Leidenschaft die Ursache des Verbrechens ist. Es wird ferner der böse Vorsatz immer härter zu bestrafen seyn als die bloße Fahrlässigkeit, [9]) diese aber hat so viele Abstufungen und begreift so viele einzelne Fälle in sich, daß auch hier wieder nach der Individualität derselben eine große Verschiedenheit der Strafe nöthig ist. Ueber die Abstufung derselben wird hier als allgemeine Regel nur soviel gesagt werden können, daß die Fahrlässigkeit um so härter gestraft werden muß, je leichter der eingetretene, aber nicht gewollte, rechtswidrige Erfolg hätte vermieden werden können und sollen. [10]) Wenn

---

ganz aufgegeben, und es werden daher viele Handlungen, die nach älterm Rechte streng verpönt waren, (wie z. B. Gotteslästerung, widernatürliche Sünden und dergl.) heutzutage gar nicht, oder nur sehr gelinde bestraft. Aber mit Recht kann man fragen, ob die in solchen Verbrechen sich aussprechende Gesinnung, nicht auch staatsgefährlich sey, da sie das sittliche Fundament aller geselligen Verbindung unter den Menschen angreift.

9) Hierin stimmen alle Gesetzgebungen, welche überhaupt auf den menschlichen Willen Rücksicht nehmen, überein. Aber es ist vergeblich ein in sich nothwendiges mathematisches Verhältniß zwischen der Strafe des dolus und der culpa aufzufinden, und am passendsten wird von der Strafe der culpa bei Gelegenheit der einzelnen Verbrechen gehandelt werden müssen, bei welchen eine solche möglich ist. (S. oben §. 29.) Die baierische Strafgesetzgebung bestimmt dagegen ganz in abstracto mit welcher Strafe die culpa zu belegen sey, und sieht dabei nur auf die Strafe, welche verhängt wäre, wenn das Verbrechen vorsätzlich begangen wäre. Die höchste Strafe der groben Fahrlässigkeit ist hiernach eine zweijährige, die geringste Strafe der geringen Fahrlässigkeit eine zweitägige Gefängnißstrafe. (Art. 69 und 70. Ebendas.)

10) S. C. C. C. Art. 146. Das preußische Landrecht

nun aber gleich die Rücksicht auf die Unsittlichkeit des Willens bei der Bestrafung der Verbrechen nothwendig genommen werden muß, so darf dabei doch nie vergessen werden, daß die Vergeltung des strafbaren Willens nur in so weit möglich ist, als das Maaß desselben äußerlich wahrgenommen werden kann. Dabei kömmt es denn auch auf Zeit und Ort des begangenen Verbrechens, so wie auf die Person an, gegen welche das Verbrechen gerichtet war. Viele Abstufungen der innern Unsittlichkeit werden aber dem Auge des menschlichen Richters nothwendig entgehen; er wird nur aus der äußern Erscheinung auf die sittliche Natur der That zurückschließen, und mithin die geistige Individualität derselben nur in ihren groben Umrissen wahrnehmen können. Die menschliche Strafe wird also nicht im Stande seyn, das Maaß der Schuld so genau aufzuwägen, wie die göttliche Vergeltung, und der menschliche Richter und Gesetzgeber wird sich also mit einer nur ungefähr zutreffenden Ausgleichung begnügen, und z. B. den Mord eines Freundes mit eben derselben Strafe belegen müssen, wie den eines Todfeindes. Zu jenen Momenten der Strafbarkeit aber, welche die menschliche Justiz nicht mit Sicherheit und Genauigkeit wahrnehmen und erwägen kann, und folglich dieselben gar nicht berücksichtigen darf, wenn sie nicht, eben durch dieses übertriebene Stre-

---

(§. 29. Th. II. Tit. 20.) drückt die allgemeine Regel, nach welcher die größere oder geringere Strafbarkeit der Fahrlässigkeit abgemessen werden muß, folgendergestalt aus: „Je natürlicher und gewöhnlicher der gesetzwidrige Erfolg aus der Handlung entsteht; je leichter der Handelnde diesen Zusammenhang hat voraussehen können; und je gefährlicher und unerlaubter die Handlung an sich ist, aus welcher der Schade, obschon wider seinen Willen entsteht; desto mehr muß die dabei begangene Fahrlässigkeit bestraft werden.“

ben nach Genauigkeit, sich der Gefahr aussetzen will, eine der Schuld gar nicht anpassende Strafe zu wählen, werden alle Umstände gehören, welche die Freiheit des Menschen, (in dem höhern Sinne des Worts, wo dasselbe den Gegensatz von Willkühr bezeichnet,) [11]) vermehren oder vermindern. Dahin ist aber namentlich die Rücksicht auf Erziehung, Temperament, natürliche Anlagen, böses Beispiel, Gelegenheit zur That, und auf die Motive zur That [12]) zu zählen. [13]) 2) Ein zweites Moment, auf welches es

---

11) Wir haben oben (S. 123 und 124.) bemerkt, daß die Freiheit des Menschen einen doppelten Sinn habe, und daß darunter sowohl die Freiheit von der Sünde, als die Wahlfreiheit des Menschen zwischen dem Guten und Bösen zu verstehen sey. Die letztere, welche keine Grade hat, ist die Grundlage der Zurechnung.

12) Von den Motiven der That, ist die besondere Richtung der rechtswidrigen Willensbestimmung des Menschen zu unterscheiden. Auf diese wird zuweilen Rücksicht genommen, wie z. B. beim Diebstahl, auf den animus lucri faciendi.

13) Die neuern Gesetzgebungen weichen zum Theil von diesem Prinzip ab. Preuß. Landr. §. 23. Th. II. Tit. 20. Je mehr Bewegungsgründe Jemand gehabt hat, die begangene strafbare Handlung zu unterlassen, desto mehr muß sie ihm zugerechnet werden. Baierisches Strafgesetzbuch Art. 92. Aus Rücksicht der Gesetzwidrigkeit des Willens steigt die Strafbarkeit: I. je zahlreichere und wichtigere Beweggründe für die Beobachtung des Gesetzes vorhanden waren, je mannichfachere und größere Pflichten von dem Verbrecher verletzt wurden, und je mehr der Verbrecher im Stande war, diese Beweggründe und Pflichten klar und deutlich zu erkennen; II. je größere Hindernisse die Ausführung des Verbrechens erschwerten, je mehr Dreistigkeit und Muth, je größerer Aufwand von Verstand, List und Körperkräften erfodert und angewendet wurde, um die That vorzubereiten oder zu vollbringen; III. je geringfügiger die äußern zufälligen Veranlassungen waren, welche den Verbrecher gereitzt, verleitet und verführt haben, je mehr derselbe aus eignem innern Antriebe die Uebertretung beschlossen und die Gelegenheit zu dem Verbrechen selbst aufgesucht hat; IV. je mehr der Verbrecher durch fort-

bei dem Maaße der Strafbarkeit einer Handlung ankömmt, ist die größere oder geringere politische Gefährlichkeit und Schädlichkeit derselben, weshalb denn auch z. B. der Hochverrath nach allen Gesetzgebungen besonders hart bestraft wird. Läßt sich gleich diese politische Seite der Verbrechen ebenfalls auf das erstgenannte Moment zurückführen, [14]) so ist auch außerdem noch die Strafe der Verbrechen, welche politisch besonders gefährlich sind, gewöhnlich aus dem Grunde geschärft, damit dergleichen Verbrechen um so weniger begangen werden sollen. [15]) 3) Ein Verbrechen ist um so strafbarer, je größer der materielle Schaden ist, den dasselbe anrichtete. Auch hier wächst in der Regel mit der Schädlichkeit die Unsittlichkeit der Handlung; aber auch abgesehen hiervon ist es eine Würkung alt-germanischer Principien, daß das gemeine deutsche Recht auf das Faktum des würklich eingetretenen Schadens und Effekts besondere

---

gesetzte Uebung böser Handlungen, schlechte Lebensart und dergleichen verwildert und zu Verbrechen aufgelegt ist; V. je bösartiger und gefährlicher die Begierden und Leidenschaften gewesen sind, aus welchen er gehandelt hat.

14) Eine Handlung, wenn sie absichtlich begangen ist, ist um so unsittlicher, je mehr sie das Fundament aller geselligen Ordnung und alles menschlichen Glücks, die Staatsverbindung, angreift.

15) §. 24. Preuß. Landr. Th. II. 20. Je mehr Pflichten Jemand gegen den Andern, oder gegen den Staat hat, desto größer ist das Verbrechen, wenn er dieselben beleidigt. Baierisches Str. G. B. Art. 91. Rücksichtlich der Beschaffenheit der Handlung an und für sich steigt oder fällt die Strafbarkeit I. nach Verschiedenheit der Größe der entstandenen oder zu befürchtenden Rechtsverletzung oder Beschädigung; II. nach der Ausdehnung der Beschädigung oder Gefahr, je nachdem diese auf mehr oder weniger Personen sich erstreckte, je nachdem das Verbrechen den Staat selbst, oder ganze Gemeinden, oder eine unbestimmte Menge von Personen, oder nur bestimmte Einzelne in Schaden oder Gefahr gebracht hat.

Rücksicht nimmt, und hierauf beruht die heutige Theorie von der Bestrafung des Versuchs. [16]) Das Eintreten des Erfolgs gehört nämlich in der Regel zum vollen Thatbestande des Verbrechens, und je mehr sich die Versuchshandlungen dem vollbrachten Verbrechen nähern, desto größer wird die Strafe. [17]) Im Uebrigen kann im gemeinen Rechte nur das richterliche Ermessen darüber entscheiden, mit welcher Strafe der Versuch in jedem einzelnen Falle belegt werden soll, wobei dann die gesetzliche Strafe des vollendeten Verbrechens einen Anhaltspunkt für den Richter abgiebt. [18])

---

16) S. oben §. 31 — 33.

17) So wenig sich eine abstrakte Gradeintheilung des Versuchs rechtfertigen läßt, so wenig kann auch von abstrakten Regeln über die Bestrafung der verschiedenen Grade des Versuchs die Rede seyn. S. oben §. 33.

18) Das preuß. Landr. (§. 40 — 42. Th. II. 20.) stellt folgende allgemeine Regeln auf: Wenn der Thäter von seiner Seite Alles gethan hat, und der rechtswidrige Erfolg nur zufällig ausgeblieben ist, so hat er die Strafe verwirkt, welche der ordentlichen am nächsten kömmt; die nächste Strafe nach dieser trifft den, welcher durch einen bloßen Zufall an der letzten, zur Ausführung des Verbrechens erforderlichen, Handlung gehindert wurde; wenn der Zufall schon die vorläufigen Anstalten zur Vollziehung des Verbrechens unterbrochen hat, so soll die böse Absicht nach Verhältniß des Fortschrittes zur Vollziehung des Verbrechens geahndet werden. Das baierische Strafgesetzbuch (Art. 60 — 63.) bestimmt die Strafe des Versuchs nach abstrakten Regeln, mit Rücksicht auf die durch das vollbrachte Verbrechen verwürkte Strafe. Hätte nämlich der Verbrecher durch das vollendete Verbrechen den Tod verwürkt, es ist aber bei dem nächsten Versuche geblieben, (wohin auch der Fall gehört, wo der Erfolg zufällig ausgeblieben ist,) so soll statt der Todesstrafe, Ketten- oder Zuchthausstrafe auf unbestimmte Zeit, oder auf zwanzig Jahre, — Zuchthaus auf 10 — 15 Jahre eintreten. Bei andern temporären Freiheitsstrafen soll von dem niedrigsten Grade der vollen Strafe des Verbrechens, der vierte Theil und allenfalls die Hälfte nachgelassen werden. Beim entfernten Versuche tritt statt

4) Was die Strafbarkeit der verschiedenen Theilnehmer an einem Verbrechen betrifft, so lassen sich über die Abstufung derselben aus dem gemeinen Rechte keine allgemeinen und bestimmten Regeln abstrahiren, wenn gleich eine Verschiedenheit der Strafe, nach Maaßgabe der geringern oder größern Thätigkeit bei Ausführung des Verbrechens, sowohl aus dem Art. 177. der C. C. C. als aus der spätern Theorie, (auf welche die altgermanische Ansicht, welche zunächst die äußere Handlung für das Strafbare ansieht, nicht ohne Einfluß geblieben ist,) [19]) sich rechtfertigen läßt. Im Allgemeinen ist man wohl darüber einig, daß der Anstifter keine geringere Strafe verwürkt habe, wie der Urheber selbst, [20]) daß bei einem Complott alle Verbündeten mit gleicher Strafe anzusehen, [21]) und daß die Gehülfen und Begünstiger geringer zu bestrafen seyen,

---

der Todesstrafe, 3 — 5jährige Arbeitshausstrafe, statt der Ketten- oder Zuchthausstrafe, Arbeitshaus von 1 — 3 Jahren, statt des Arbeitshauses, 8tägiges bis 3monatliches Gefängniß, statt des letztern öffentlicher Verweis ein. — Der qualifizirte Versuch wird mit geschärfter Strafe belegt. — Ueber das österreichische und französische Strafrecht s. oben §. 34. Note 6 und 7.

19) S. oben §. 34 — 37.

20) Man stützt sich hierbei vornämlich auf den, vom Meineide handelnden Art. 107. der C. C. C. Ueber die verschiedenen Ansichten der theoretischen Schriftsteller s. Wächter Lehrb. Th. I. §. 89. Note 79. Die neuern Gesetzgebungen stimmen hiermit im Allgemeinen überein. §. 67. Preuß. Landr. Th. II. 20. Baierisches Str. G. B. Art. 46 — 48. S. oben §. 35. Note 11. Oesterreich. Str. G. über Verbr. u. s. w. §. 5. Th. I. Code pènal art. 60.

21) Man stützt sich hierbei auf den Art. 148. der C. C. C., welcher zunächst vom Morde handelt. Vergl. hierüber Wächter Lehrb. §. 89. Note 83, welcher jedoch die gewöhnliche Meinung, daß die Complottanten gleich strafbar seyen, nicht billigt. Nach §. 66.

als der Urheber, [22]) obwohl auch diese Sätze in der neuern Theorie nicht unbestritten geblieben sind. Von den neuern Gesetzgebungen werden sie aber, mit manchen Modifikationen im Einzelnen, anerkannt. 5) Die Frage ob der Stand des Verbrechers [23]) eine Rücksicht bei der Bestrafung verdiene, wird im Allgemeinen von den neuern Strafrechts-

---

Preuß. Landr. Th. II. 20. zieht die Verbündung vor der Begehung des Verbrechens Schärfung der Strafe nach sich: Jeder der Verbündeten muß in diesem Falle, nach §. 73. Ebendas., für sämmtliche verabredete Handlungen haften, wenn er auch nur zu einer behülflich gewesen ist. Die baierische Strafgesetzgebung erkennt im Allgemeinen das oben aufgestellte Prinzip an, es sollen jedoch der Anstifter und der Rädelsführer des Complotts mit geschärfter Strafe belegt werden. (Art. 50 — 54.) Eben so findet sich der allgemeine Grundsatz im französischen und österreichischen Rechte wieder. Code pènal art. 60. S. auch Oesterreich. G. B. über Verbr. u. s. w. §. 5. §. 37. e.

22) Vergl. Wächter Lehrb. §. 91. §. 116. Note 70. Das preuß. Landr. (§. 64. 71. Th. II. 20.) läßt für alle die, welche an der Ausführung des Verbrechens unmittelbar Theil genommen, oder doch dabei eine solche thätige Hülfe geleistet haben, daß ohne dieselbe das Verbrechen nicht hätte begangen werden können, die im Gesetze bestimmte Strafe eintreten. Ist dagegen (§. 72. Ebendas.) der geleistete Beistand nicht nothwendig gewesen, so wird die Strafe nach dem Verhältnisse, wie er das Verbrechen erleichtert oder befördert hat, und nach Maßgabe der Schwere des Verbrechens, abgemessen. Das baier. Str. G. B. (Art. 73 — 78.) setzt die Strafe der Gehülfen in abstracto, nach den verschiedenen Graden der Beihülfe und mit Rücksicht auf die Strafe des Haupthäters fest. Die höchste Strafe der Beihülfe des ersten Grades ist Zuchthaus auf unbestimmte Zeit oder Kettenstrafe, die geringste Strafe des dritten Grades der Beihülfe, Gefängniß von einem Tage oder öffentlicher Verweis. Die in der Mitte liegenden Abstufungen sind sehr genau bestimmt.

23) S. über diese Materie Wächter Lehrb. §. 118. Note 85. und G. J. F. Meister Ueber den Einfluß, welchen der Stand des Verbrechers auf die Strafen und das Verfahren in Strafsachen hat. Göttingen 1784.

lehrern verneint. [24]) Im römischen Rechte [25]) ist dagegen der höhere Stand des Verbrechers durchgehends ein Milderungsgrund, und auch in der C. C. C. [26]) wird mitunter vorgeschrieben, daß nach „Gelegenheit und Gestalt der Person" gestraft werden solle. In der deutschen Praxis hat daher der hohe Stand der Person immer einen Einfluß auf die Wahl der Strafe gehabt. [27]) Wenn sich nun

---

24) S. d. bei Wächter a. a. O. angeführten Schriftsteller.

25) S. z. B. fr. 9. §. 11. D. de poenis (XLVIII. 19.) — — — Sed enim sciendum est discrimina esse poenarum, neque omnes eadem poena adfici posse. Nam in primis decuriones in metallum damnari non possunt, nec in opus metalli, nec furcae subjici, vel vivi exuri, et si forte hujusmodi sententia fuerint affecti, liberandi erunt. *Sed hoc non potest efficere, qui sententiam dixit, verum referre ad principem debet,* ut ex auctoritate ejus poena aut permutetur, aut liberaretur. Sklaven werden in der Regel mit einer härtern körperlichen Züchtigung belegt als Freie. fr. 10. pr. fr. 28. §. 2. Ibid. Wer bereits infam war, wurde härter bestraft als der an seiner Ehre Ungekränkte. fr. 28. §. 16. Ibid. Sogar die humiliores trifft in der Regel eine härtere Strafe als die honestiores. fr. 38. §. 7 — 9. Ibid. Vergl. außerdem Wächter a. a. O. Die Ansicht des kanonischen Rechts, daß die bischöfliche und priesterliche Würde die Verantwortlichkeit des damit Bekleideten vermehre, ist wohl ohne Einfluß auf das weltliche Recht gewesen. c. 12. X. de jurejur. (II. 24.) c. 4. C. XXV. qu. 1.

26) C. C. C. Art. 158. Wer aber der dieb eyn solche ansehnliche person, dabei sich besserung zu verhoffen, mag jn der richter, (jedoch on der oberkeyt zulassen vnd verwilligung nit) bürgerlich — — — straffen u. s. w. Art. 160. Mer soll ermessen werden, der standt und das wesen der person, so gestolen hat. — — — Vergl. auch Art. 106. 114. 119. — Die speziellen römischen Standesverhältnisse waren dem deutschen Rechte unbekannt, und schon deswegen konnten die Strafbestimmungen des römischen Rechts, welche sich auf dieselben beziehen, keinen unmittelbaren Einfluß auf das deutsche peinliche Recht gewinnen.

27) v. Quistorp Grundsätze §. 99. Note f. *Carpzov* Pract.

gleich eine eigentliche Strafmilderung aus allgemeinen Gründen in diesem Falle nicht vertheidigen läßt, so ist dennoch auf der andern Seite nicht zu läugnen, daß, wenn Personen höhern und niedern Standes mit völlig gleichen Strafarten belegt werden, die ersteren, deren Gefühl für Ehre, Schande und körperliche Leiden durch ihre gesammte Bildung und ihre frühern Lebensverhältnisse erhöht wird, alsdann bei weitem härter gestraft werden als die letztern, und daß demnach die scheinbare Gleichheit vor dem Gesetz, zu einer reellen Ungleichheit führt. Auch wird die Rücksicht auf die Standesgenossen des zu Bestrafenden den Richter und Gesetzgeber in sofern leiten müssen, als diese durch die entehrende oder öffentlich beschimpfende Strafe, welche ein Mitglied ihres Standes erlitten hätte, zugleich mit beschimpft werden würden. Im militairischen Strafrechte ist diese Rücksicht eben so gewöhnlich als nothwendig. [28]) 6) Was den Fall betrifft, wo dasselbe Individuum mehrere Verbrechen begangen und mehrere Strafen verwürkt hat, [29])

---

rer. crim. P. III. Qu. 148. Nr. 38. seqq. Dieser läßt jedoch diese Rücksicht nur bei arbiträren Strafen eintreten. (l. c. P. I. Qu. 9. Nr. 40.)

28) Im preußischen Strafrechte entscheidet der Stand des Verbrechers über die Frage ob Festungs- oder Zuchthausstrafe eintreten soll. S. oben §. 43. Note 6. Das österreichische und preußische Strafrecht lassen körperliche Züchtigungen nur bei den untersten Volksklassen zu. S. oben §. 42. Note 13. Auch das baierische Strafgesetzbuch läßt, wo besondere Umstände obwalten, eine Festungsstrafe statt der Ketten-, Zuchthaus- oder Arbeitshausstrafe eintreten. Art. 19 — 21.

29) Am gründlichsten ist diese Lehre behandelt in Wächter's Lehrb. Th. I. §. 122 — 124. Berücksichtigt man zunächst die praktischen Resultate, auf welche es in dieser Materie, (wie überall im positiven Rechte,) hauptsächlich ankömmt, so ist der Streit gegen die ältere Ansicht der deutschen Praktiker, nicht so wichtig, als man häufig glaubt. Die Conkurrenz verschiedener Verbrechen, kann sich sehr verschieden

so liegt es allerdings in der Natur der Sache, daß ein jedes Verbrechen, in so weit es möglich ist, mit seiner verdienten Strafe belegt werde. Dieses Prinzip ist auch im römischen Rechte [30]) ausdrücklich anerkannt, und wird von diesem auch konsequent auf den Fall ausgedehnt, wo aus einer und derselben Handlung mehrere Kriminalklagen entstanden. [31]) In praktischer Beziehung ent-

---

gestalten. — Entweder übertritt nämlich der Verbrecher durch dieselbe Handlung gleichzeitig mehrere Strafgesetze, oder er hat sich verschiedene Uebertretungen der Gesetze zu Schulden kommen lassen. — Den ersten Fall nennen die Neuern gewöhnlich: ideale oder formale, den letztern: reale oder materiale Konkurrenz. Diese letztere kann nun wieder so beschaffen seyn, daß der Verbrecher zu verschiedener Zeit, verschiedenartige Verbrechen begangen hat, (diesen Fall bezeichnet man durch den Ausdruck: objektive Konkurrenz,) oder daß er gleichartige Verbrechen, aber zu verschiedener Zeit verübte; (welchen Fall die Neuern subjektive Konkurrenz nennen.) Beging er sie an demselben Gegenstande, so nennt man dieses Verbrechen meistentheils ein fortgesetztes, beging er sie an verschiedenen Gegenständen oder Personen, so nennt man diese Uebertretungen: wiederholte Verbrechen. Diese Benennungen sind aber nichts weniger als allgemein angenommen. S. Wächter a. a. O. §. 122. Note 97.

30) fr. 2. D. de privat. del, (XLVII. 1.) Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam. fr. 7. §. 5. D. de Accusationib. (XLVIII. 2.) fr. 5. D. de quaestionib. (XLVIII. 18.) fr. 5. princ. D. de furtis (XLVII. 2.) fr. 5. D. de extraord. crim. (XLVII. 11.) c. 20. C. de furt. (VI. 2.) c. 9. C. de Accusationib. (IX. 2.) Vergl. außerdem Wächter a. a. O. §. 123. Note 99.

31) C. 9. C. de accusationib. (IX. 2.) Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super *eodem* crimine deferri non potest. *Si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur, et de uno crimine in accusationem fuerit deductus: de altero non prohibetur ab alio deferri.* War aber die Handlung nicht von der Art daß sie mehrere Gesetzesübertretun-

steht aber die Frage: was geschehen solle, wenn dasselbe Individuum mehrere Strafen verwürkt hat, welche sich neben einander nicht vollziehen lassen? — und hier hat nun die Beschaffenheit der meisten, in der ältern deutschen Praxis üblichen Strafmittel, welche allerdings in den meisten Fällen nicht neben einander zur Anwendung kommen konnten, die ältern gemeinrechtlichen Criminalisten [32]) auf den Satz geleitet: daß im Falle der Concurrenz der Strafen, bloß die schwerste unter diesen, mit einer verhältnißmäßigen Schärfung zu vollstrecken sey, ja daß die größere Strafe die kleinere ganz absorbire. [33]) Der Sache nach sind diese Grundsätze, — wenigstens für den Fall der Inkompatibilität der konkurrirenden Strafen, — auch in die neuern Gesetzgebungen [34]) übergegangen; es wird jedoch mit Recht

---

gen in sich enthielt, so galt, wenn sie gleich unter mehrere gesetzliche Gesichtspunkte gebracht werden konnte, dennoch die allgemeine Regel des fr. 14. D. de accusationib. (XLVIII. 2.): Senatus censuit ne quis ob *idem crimen* pluribus legibus reus fieret.

32) S. über die Meinungen derselben Wächter Lehrb. Th. I. S. 251.

33) Die Neuern, welche den Grundsatz: poena major absorbet minorem, sämmtlich bestreiten, wollen die inkompatibeln Strafen in eine, ihnen allen zusammengenommen gleichstehende, höhere Strafe verwandeln; welches sich dann praktisch meistentheils dahin gestaltet, daß unter mehreren konkurrirenden inkompatibeln Strafen, die schwerste mit einer Schärfung angewendet wird. Dadurch nähert sich die neuere Theorie in ihrem praktischen Resultate aber wieder der Ansicht, welche bereits Carpzov aufstellt. (Pract. rer. crim. P. III. Qu. 132. Nr. 63. seqq.)

34) Nach dem baierischen Str. G. B. Art. 109. soll, wenn die Verbindung verschiedener Strafen unmöglich ist, die schwerste der zusammentreffenden Strafen allein, mit einer äußern Schärfung so weit diese gesetzlich ist, zur Anwendung gebracht werden. Dasselbe soll auch beobachtet werden, wenn mehrere Freiheitsstrafen dergestalt

der Fall, wo ein und dasselbe Verbrechen an derselben Person oder Sache mehrmals nach einander begangen ist, nur als ein verbrecherisches Faktum angesehen. [35])

§. 52.

Von den Gründen welche die Strafbarkeit erhöhen.

Zu den Gründen, welche die Strafbarkeit verbrecherischer Handlungen immer erhöhen, gehört: 1) Der Rückfall in ein bereits bestraftes Verbrechen. [1]) Daß das gemeine Recht [2]) im Allgemeinen diesen Strafschärfungs-

---

zusammentreffen, daß die Dauer derselben diejenigen Grenzen überschreiten würde, welche gesetzlich für jede besondere Art der Freiheitsstrafe festgesetzt ist. Das preuß. Landr. (§. 54. 67. Th. II. 20.) verordnet, daß mehrere verwürkte Geldstrafen immer beigetrieben werden sollen; es soll aber, wenn mehrere Leibesstrafen zusammentreffen, die Strafe des schwersten Verbrechens geschärft oder verlängert, dabei aber die Summe der verschiedenen Strafen nicht überschritten werden. Nach dem Oester. G. B. über Verbr. u. s. w. §. 37. a. Th. I. ist die Conkurrenz der Verbrechen ein Strafschärfungsgrund. Der Code d'instruction art. 365. sagt: En cas de conviction de plusieurs crimes ou delits, la peine la plus forte sera seule prononcée.

35) S. Wächter a. a. O. S. 247 und 251. Baierisches Str. G. B. Art. 110. Mittermaier Ueber den Unterschied zwischen fortgesetzten und wiederholten Verbrechen; im Neuen Arch. des Cr. R. Bd. II. Stck 2. S. 238 u. ff.

1) S. Wächter Lehrb. Th. I. §. 117. Note 77. v. Schelhaß Von der Wiederholung der Verbr. od. v. d. Rückfall. (Im Neuen Arch. des Cr. R. Bd. II. Stck 4. S. 578 u. ff.) Gesterding In wiefern kann Wiederholung eines Verbrechens einen Grund enthalten, die Strafe zu schärfen? (Im Neuen Arch. des Cr. R. Bd. V. Stck 3. S. 479.)

2) fr. 28. §. 3. D. de poenis (XLVIII. 19.) fr. 3. §. 9. D. de re milit. (XLIX. 16.) c. 4. C. de serv. fugit. (VI. 1.) c. unic. C. de superexactionib. (X. 20.) Die C. C. C. spricht in den

grund anerkenne, ist nicht zu läugnen, aber es lassen sich aus demselben keine allgemeinen Regeln über das Maaß der Erhöhung der Strafe ableiten; auch ist es bei der Fassung der gemeinrechtlichen Gesetzesstellen, welche nur von konkreten Verbrechen sprechen, nicht mit Gewißheit zu entscheiden, ob nothwendig das schon früher bestrafte Verbrechen, welches den Grund der Schärfung abgiebt, von derselben Art und Gattung wie das später begangene, gewesen seyn müsse, oder ob überhaupt schon der Umstand, daß der Verbrecher früher bestraft worden ist, den Strafschärfungsgrund enthalte? [3]) — In sofern der Verbrecher aber durch die mehrmalige Uebertretung der Gesetze als besonders gefährlich erscheint, wird sich die letztere Meinung wohl vertheidigen lassen. [4]) 2) Als Strafschärfungsgrund ist es

---

Art. 161. 162. vom zweiten und dritten Diebstahle, bei welchem Verbrechen diese Lehre überhaupt am meisten praktisch wird.

3) Die Meinungen der Neuern s. bei Wächter a. a. O.

4) Dieser Ansicht ist auch Oersted Grundregeln der Strafgesetzgebung S. 333. u. ff. Aus dem oben angegebenen Grunde können auch verjährte Verbrechen und solche, deren Strafe durch Begnadigung aufgehoben ist, als Strafschärfungsgrund erscheinen. — Die neuern Gesetzgebungen sehen den Rückfall allgemein als Strafschärfungsgrund an, und entscheiden dabei auch über die oben berührten Fragen. §. 52. Preuß. Landr. Th. II. 20. Die Wiederholung gleicher Verbrechen wirkt allemal Schärfung der, auf das einfache Verbrechen im Gesetze bestimmten, Strafe. Oester. G. B. über Verbr. Th. I. §. 37. Besondere Erschwerungsumstände sind: a) wenn mehrere Verbrechen von verschiedene Gattung begangen — — — b) oder der Verbrecher schon wegen eines gleichen Verbrechens gestraft worden. — — Die baierische Strafgesetzgebung sieht es für einen Rückfall an, wenn Jemand sich nach erlittener Strafe, eines vorsätzlichen Verbrechens derselben Art von Neuem schuldig macht, und mißt die Strafe desselben im Allgemeinen nach der vorher erlittenen Strafe ab. (Art. 111 — 115.) Das französische Recht

anzusehen, wenn der Verbrecher seine strafwürdige Handlung an einem Orte, welchem er besondere Achtung, oder an Personen, welchen er Ehrerbietung und Gehorsam schuldig war, beging, oder sie zu einer Zeit unternahm, wo sie nicht leicht verhindert werden konnte, oder besonders schädlich seyn mußte. [5]) 3) Grausamkeit bei Vollführung der That ist nicht minder ein Grund für die Erhöhung der Strafe, weil sich darin ein besonders hoher Grad des bösen Willens ausspricht. [6]) 4) Aus demselben Grunde ist es auch ein erschwerender Umstand, wenn das Verbrechen mit besonderer List, Beharrlichkeit oder Ueberwindung großer Schwierigkeiten verübt wurde. [7]) 5) Wegen der größern Gefährlichkeit und überhaupt aus politischen Gründen, wird das Komplott, besonders aber die generelle Verbindung zu Verbrechen als Strafschärfungsgrund angesehen

---

beschränkt dagegen den cas de récidive nicht auf den Fall, daß das zweite Verbrechen ein gleichartiges war. (Code pénal Art. 56 — 58.)

5) fr. 16. §. 3. 4. fr. 28. §. 8. D. de poenis (XLVIII. 19.) C. C. C. Art. 124. 133. 168. 171. 172. §. 23 und 25. Preuß. Landr. Th. II. 20. Baierisches Str. G. B. Art. 92. Auch nehmen die neuern Gesetzgebungen, auf jene Umstände meistentheils bei den Strafbestimmungen über die einzelnen Verbrechen selbst Rücksicht. S. hierüber die Lehren vom Diebstahl, von der Brandstiftung und von den Injurien, im besondern Theile.

6) Grausamkeiten gegen Personen sind, wenn sie den Tod nicht herbeiführten, schon wegen ihrer Lebensgefährlichkeit besonders strafbar. Wo eine Schärfung der Todesstrafe gesetzlich nicht möglich ist, wird freilich auch die größte Grausamkeit des Mörders bei der Verübung der That kein Schärfungsgrund seyn können. Das Nähere hierüber in der Lehre vom Morde und Raube.

7) Dieses ist ausdrücklich anerkannt im baierischen Str. G. B. (Art. 92.) und im Oester. G. B. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 36.

werden müssen, [8]) so wie es sich auch 6) nicht bestreiten läßt, daß der Umstand, daß ein Verbrechen in einer Gegend häufig begangen wird, nicht bloß von dem Gesetzgeber, sondern nach gemeinem Rechte auch von dem Richter als Strafschärfungsgrund zu berücksichtigen ist. [9]) Endlich wird es 7) aus processualischen Gründen nicht zu mißbilligen seyn, daß neuere Gesetzgebungen Lügen und Erdichtungen des Verbrechers während der Untersuchung, als einen erschwerenden Umstand behandeln. [10])

§. 53.

Von den Gründen, welche die Strafbarkeit vermindern.

Zu den Gründen, welche die Strafbarkeit vermindern, und welche sich meistentheils auf die bereits oben (§. 51.) angegebenen Momente zurückführen lassen, gehört: [1]) 1) Die Jugend des Verbrechers; [2]) mit Recht wird man

---

8) Im gemeinen Rechte beruht dieses auf keinem andern Grunde, als der Natur der Sache. (s. Wächter a. a. O. §. 117. Note 81. u. d. daselbst angef. Schriftsteller.) Das preuß. Landr. (§. 86. Th. II. 20.) erkennt die Verbündung Mehrerer als einen Strafschärfungsgrund an. Das Oester. Gesetzb. über Verbr. (§. 37. d. e. Th. I.) läßt eine Schärfung nur dann eintreten, wenn der Verbrecher Andere zum Verbrechen verführt hat, oder wenn er der Urheber, Anstifter oder Rädelsführer, eines, von mehreren Personen begangenen Verbrechens war.

9) fr. 16. §. 10. D. de poenis (XLVIII. 19.) C. C. C. Art. 131. Ueber die verschiedenen Meinungen der Neuern s. Wächter a. a. O. Note 82.

10) §. 51. Preuß. Landr. Th. II. 20. Oester. G. B. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 38.

1) S. Wächter Lehrb. Th. I. §. 116. Tittmann Hdbch §. 119 — 132.

2) Vergl. oben §. 24. Note 5. S. 178.

aber, wo das kindische Alter die Zurechnung nicht gänzlich ausschließt, diesen Umstand nur dann als Strafmilderungsgrund ansehn können, wenn würklich das Verbrechen aus jugendlicher Unbesonnenheit und bloßem Leichtsinne herrührt. [3]) In diesem Falle ist aber gemeinrechtlich der Termin der Volljährigkeit, als das Ende der Jugend anzusehen. Neuere Gesetzgebungen bestimmen meistens eine andre Gränze. [4]) 2) Der gerechte Zorn [5]) und 3) der

---

3) S. Henke Handb. Bd. I. S. 547. fr. 9. §. 5. D. de minorib. (IV. 4.) Si iu commissum incidisse vectigalis dicatur, erit in integrum restitutio. Quod sic erit accipiendum, si non *dolus* ipsorum interveniat. c. 1. C. si advers. delictum (II. 35.) In criminibus quidem aetatis suffragio minores non juvantur: etenim malorum mores infirmitas animi non excusat. Si tamen delictum non ex animo, sed extra venit; noxia non committitur, etiam si poenae causa pecuniae damnum irrogetur, et ideo minoribus in hac causa in integrum restitutionis auxilium competit. Die Behauptung Mancher, daß die Minderjährigkeit in der deutschrechtlichen Praxis immer ein Milderungsgrund sey, ist durchaus nicht zu erweisen.

4) Das baierische Strafgesetzbuch sieht bei jungen Leuten zwischen dem achten und sechszehnten Jahre darauf, ob sie das zwölfte Jahr bereits zurückgelegt haben, und bestimmt danach die Größe der (gemilderten) Strafe. Art. 98 — 102. Nach dem Oester. G. B. über Verbr. §. 39. a. ist es ein Milderungsgrund, wenn der Thäter unter zwanzig Jahren ist. Verbrecher unter 20 Jahren können namentlich nie mit der Todesstrafe, (s. Th. I. §. 431.) auch nicht mit lebenslänglicher Kettenstrafe belegt werden. Anhang I. S. 348. Nr. 21. Ueber das französische Recht s. oben S. 180. Das preußische Landrecht (§. 17. Th. II. 20.) läßt bei Unmündigen nur eine Züchtigung statt finden.

5) Vergl. oben S. 176. Läßt gleich das römische Recht nicht wegen des gerechten Zorns eine Aufhebung der Zurechnung eintreten, so kömmt derselbe dennoch als Strafmilderungsgrund vor. fr. 38. §. 5. D. ad. leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) — — Ei, qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ul-

Zustand der Trunkenheit [6]) werden in vielen Fällen als mildernde Umstände angesehen werden müssen, weil man bei den in diesen Zuständen begangenen Verbrechen, einen Mangel an Ueberlegung und Besonnenheit voraussetzen kann. 4) Aus demselben Grunde mildern ebenfalls die Taubstummheit und die geistige Imbecillität, wo sie die Zurechnung nicht gänzlich aufheben, die Strafe. [7]) 5) Dasselbe muß, unter derselben Voraussetzung von der Drohung und dem Befehle gelten; [8]) auch wird 6) der vollständige Ersatz des Schadens, so wie der Umstand, daß der Verbrecher freiwillig einen größern Schaden, der aus seinem Verbrechen leicht entstehen konnte, verhinderte, oder nicht anrichtete, da er ihn leicht hätte anrichten können, zum Vortheil desselben gereichen. [9]) 7) Das hohe Greisenalter, macht gewisse harte Strafarten un-

---

timum supplicium remitti potest, *cum sit difficillimum, justum dolorem temperare;* et quia plus fecerit, quam quia vindicare se non debuerit, puniendus sit: sufficiet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari. c. 4. C. ad. L. Jul. de adult. (IX. 9.) — si consulto dolore adulterum interemit, quamvis homicidium perpetratum sit, tamen quia nox et justus dolor factum ejus relevant, potest in exilium dari. Oester. G. B. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 39. d. Baierisches Str. G. B. Art. 93. V. §. 18. Preuß. Landr. Th. II. 20.

6) S. oben §. 24. Num. 3.

7) S. oben Ebendas. Num. 2. und Ebendas. S. 163. Note 20.

8) S. oben S. 156. Baierisches Str. G. B. Art. 93. Num. II. Oester. G. B. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 39.

9) Tittmann Hdbch §. 126. §. 130. Num. XVIII. Oester. Gesetzb. über Verbr. §. 39. g. §. 61 und 62. Preuß. Landr. Th. II. 20. Das baierische Strafgesetzb. Art. 1. verwirft jede Rücksicht auf den geleisteten Ersatz.

anwendbar, und es werden dieselben daher in mildere verwandelt werden müssen. [10]) Auch ist es 8) nicht unzweckmäßig, wenn neuere Gesetzgebungen bei der Wichtigkeit des Geständnisses im Prozesse, und dem in der Natur der Sache begründeten Verbote der Erpressung desselben, das gleich im Anfange der Untersuchung abgelegte Geständniß, und die freiwillige Angabe der Mitschuldigen für einen Milderungsgrund ansehn. [11]) 9) Endlich erfordert es auch die natürliche Billigkeit, eine Milderung der gesetzlich verwirkten Strafe eintreten zu lassen, wenn der Untersuchungsarrest des Verbrechers ganz ohne sein Verschulden, bedeutend verzögert ist. [12]) — Außer den genannten Milderungs-

---

10) Positiv anerkannt ist dieses in der baierischen Strafgesetzgebung Art. 103, wonach Verbrecher welche das sechszigste Jahr zurückgelegt haben, wenn sie zur Kettenstrafe verurtheilt sind, wie gemeine Züchtlinge zu halten, und mit öffentlichen und schweren Arbeiten zu verschonen sind. Auch nach französischem Rechte kömmt gegen Personen, welche das siebenzigste Jahr zurückgelegt haben, die Strafe der Deportation und der öffentlichen Zwangsarbeit nicht zur Anwendung, sondern diese Strafarten werden alsdann in die Reklusion verwandelt. Code pénal art. 70 — 72.

11) §. 59. Preuß. Landr. Th. II. 20. Baierisches Str. G. B. Art. 94. Num. 5 und 6. Oesterreich. G. B. über Verbr. §. 39. h. i.

12) Tittmann Hdch §. 131. Num. XXV. Oesterreich. G. B. über Verbr. §. 39. K. Baierisches Strafgesetzb. Art. 104. Im gemeinen deutschen Rechte findet dieser Milderungsgrund eine Stütze in fr. 25. D. de poenis (XLVIII. 19.) und in c. 23. C. de poenis (IX. 47.) S. Wächter Lehrb. Th. I. §. 119. Die Frage: ob aus diesem Grunde selbst die Todesstrafe in eine mildere verwandelt werden könne, dürfte im Allgemeinen wohl zu verneinen seyn. Das baierische Strafgesetzbuch Art. 105. läßt aber, wenn die Dauer des ungebührlich erlittenen Arrestes zwei Jahre oder mehr beträgt, statt der Todesstrafe, Kettenstrafe oder Zuchthaus auf unbestimmte Zeit eintreten.

gründen werden aber auch noch häufig von den ältern Strafrechtslehrern andere angeführt, welche sich, wenn sie nicht durch ausdrückliche Gesetze anerkannt sind, aus der richtigen Ansicht von dem Maaßstabe der Strafbarkeit nicht rechtfertigen lassen, indem dabei theils die Rücksicht auf den innern sittlichen Zustand des Verbrechers weiter ausgedehnt wird, als dieser dem Richter erkennbar ist, theils aber auch Gründe hieher gezogen werden, welche nur der Regent, wenn er von seinem Begnadigungsrechte Gebrauch machen will, berücksichtigen kann. Zu jenen gehört vornämlich die Rücksicht auf des Verbrechers frühern Lebenswandel, und auf seine Bildung und Erziehung, [13]) auf die etwanige Verführung [14]) welcher er ausgesetzt gewesen ist, und auf die Gelegenheit, [15]) welche sich ihm dargeboten hat; zu diesen ist dagegen die Reue [16]) des Verbrechers, die Noth, in welcher er sich befand, sein Verdienst um den Staat, und die Fürbitte Anderer zu rechnen. [17]) Die ältere deutsche Praxis macht jedoch, nach-

---

13) Diesen Milderungsgrund kennt auch noch das österreich. Gesetzbuch über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 39. a. b. und das baierische Strafgesetzb. Art. 93. I. VI.

14) Baierisches Str. G. B. Art. 93. II.

15) Ebendas. Art. 93. IV. Oesterr. Gesetzb. über Verbr. §. 39. c.

16) Diese tritt wohl, mit wenigen Ausnahmen, bei allen Verbrechen ein. Hat sie vor der Vollendung der That statt gefunden, so fällt der Fall unter den Gesichtspunkt des freiwillig aufgegebenen Versuchs.

17) Die Verzeihung des Verletzten hat in sofern einen Einfluß, als es bei manchen Verbrechen auf die Klage des Verletzten ankömmt.

dem die Tendenz, harte Strafen möglichst zu vermeiden, herrschend geworden war, von diesen unächten Milderungsgründen häufigen Gebrauch. [18])

---

18) S. über diese unächten Milderungsgründe Wächter Th. I. S. 226 — 231. Die früher aufgestellte Behauptung, daß der Mangel am Thatbestande ein Milderungsgrund sey, hat Feuerbach (Lehrbuch §. 98. a. 9te Auflage) zurückgenommen.

Drittes Kapitel.

Von den Fällen, wo die Anwendung der Strafgesetze nicht statt findet.

§. 54.

Von der Unanwendbarkeit der Strafgesetze wegen des Todes des Verbrechers.

Der Tod des Verbrechers macht die Vollstreckung des Urtheils, in der Regel, der Natur der Sache nach unmöglich. Nur Geldstrafen werden aus dem Nachlasse des Verstorbenen beigetrieben werden können, wenn darauf bereits erkannt, oder die Untersuchung schon bis zur Abfassung des Urtheils gediehen ist. [1]) Auch kennt die ältere deutsche

---

1) Das römische Recht stellt in dieser Beziehung Unterscheidungen auf, die bei uns nicht praktisch werden konnten, weil weder das römische Gerichtswesen noch die hierauf sich beziehende Eintheilung der Verbrechen in Deutschland rezipirt ist. fr. 20. D. de accusationibus (XLVIII, 2.) Ex judiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademtionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et majestatis judicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur — — — — — Ex *caeteris vero delictis* poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta. Bestritten ist es, was unter den caeteris delictis zu verstehen sey. S. Wächter Lehrb. Th. I. §. 128. Die deutsche Praxis nimmt an, daß immer erst das erfolgte Urtheil, die Erben zur Bezahlung der Geldbuße ihres Erblassers verpflichte; (s. v. Quistorp Grundsätze. §. 87. Tittmann Hdbch §. 60. Note y.) Das preußische Landr. dagegen (§. 363. u. 364. Th. I. Tit. 9.) läßt die Strafe

Praxis, eine symbolische Vollziehung der Strafe an dem Leichname des Verbrechers oder an seinem Bildnisse. [2])

§. 55.

Von der Verjährung der Verbrechen.

Die Lehre von der Verjährung der Verbrechen beruht bei den Römern auf dem allgemeinen Prinzip der Klagenverjährung im Civilrechte; [1]) im gemeinen deutschen Rechte, dessen Quellen über diese ganze Materie schweigen, ist freilich das römische Recht in dieser Lehre rezipirt, [2]) aber es kann, wegen der gänzlich veränderten Natur des Strafprocesses, die Verjährung in Strafsachen nur durch die in der Natur der Sache liegenden Gründe, namentlich durch die Vermuthung, daß der Verbrecher sich während der abgelaufenen Frist gebessert habe, vornämlich aber dadurch,

---

schon dann eintreten, wenn die Untersuchung gegen den Erblasser so weit geschlossen worden, daß der rechtlichen Festsetzung weiter nichts im Wege stand. Confiskationsurtheile können vollstreckt werden, auch wenn der Erblasser den Abschluß der Untersuchung nicht mehr erlebt hat. Nach baierischem Strafrechte (Art. 138.) verpflichtet erst die zuerkannte Geldstrafe die Erben. Nach dem Oesterreich. G. B. über Verbr. u. s. w. Th. I. §. 202. Th. II. §. 271. hebt der Tod alle Anwendung der Strafe auf. Auch nach der französischen jurisprudence muß der Erbe die Geldstrafe seines Erblassers erst dann bezahlen, wenn dieser dazu verurtheilt worden ist. s. *Pailliet* Manuel. Code d'instr. art. 2. Note c. Nr. 5. et 6. Von den Ausnahmen, welche das römische Recht in Beziehung auf den Hochverrath macht, wird bei dieser Lehre im besondern Theile gehandelt werden.

2) S. oben S. 281 u. 282.

1) S. Roßhirt Lehrb. §. 55.

2) S. Wächter Lehrb. Th. I. §. 126. Note 10. Provinzialgesetze nehmen freilich manche Verbrechen von der Verjährung aus. s. Tittmann Hdbch §. 61. Note d.

daß die Untersuchung eines vor sehr langer Zeit verübten Verbrechens sehr erschwert ist, gerechtfertigt werden. Die Verjährungsfrist, welche im römischen Rechte die Regel bildet, ist ein Zeitraum von zwanzig Jahren, [3]) für alle crimina publica; davon sind jedoch manche Verbrechen ausgenommen. [4]) Die Klagen auf Privatstrafen erlöschen aber in dreißig Jahren, [5]) und wenn sie vom Prätor eingeführt sind, in einem Jahre. [6]) — Der Anfangspunkt der Verjährung ist der Zeitpunkt, wo der Verbrecher zuletzt für das Verbrechen thätig war; mit Recht wird man aber, wo von einem Auftrage zu einem Verbrechen die Rede ist, dem Auftraggebenden die Handlungen des Beauftragten,

---

3) c. 12. C. ad Leg. Cornel. de fals. (IX. 22.) Querela falsi temporalibus praescriptionibus non excluditur, nisi *viginti* annorum exceptione, *sicut caetera quoque fere crimina.* fr. 3. D. de requirend. reis (XLVIII. 17.) fr. 13. D. de div. temporib. praescript. (XLIV. 3.)

4) Dahin gehören die Verbrechen, welche durch die *lex Julia de adulteriis* verpönt sind; (Ehebruch, Stuprum, Lenocinium, Sodomie, Bigamie und Incest) diese verjähren schon in fünf Jahren; fr. 29. §. 6. D. ad L. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) ferner die Verbrechen gegen die Zollgesetze, (c. 2. C. de vectigal. et commiss. (IV. 61.)) welche auch erst in fünf Jahren verjähren. Bestritten ist es, wann das parricidium verjähre, (wegen fr. 10. D. ad L. Pompej. (XLVIII. 9.) und wie lange die accusatio suppositi partus erlaubt sey; (wegen fr. 19. §. 1. D. ad L. Cornel. de falsis (XLVIII. 10.) Von diesen Ausnahmen wird bei den einzelnen hieher gehörenden Verbrechen im besondern Theile die Rede seyn.

5) c. 3. C. de praescript. XXX. annor. (VII. 39.)

6) pr. J. de perpet. et temporalib. actionib. (IV. 12.) In wie weit diese Bestimmungen des römischen Rechts noch praktisch sind, wird in der Lehre von den Injurien erörtert werden. Ueber noch andere Ausnahmen des römischen Rechts von der allgemeinen Regel s. Wächter a. a. O. S. 269 und 270 oben.

wie seine eigne zurechnen, und bei Verbrechen gegen die Freiheit eines Menschen, die Verjährung erst von dem Zeitpunkte anfangen lassen, wo der seiner Freiheit Beraubte, dieselbe wieder erhalten hat. [7]) Ob das Ende der Verjährungsfrist civiliter oder naturaliter zu berechnen sey, ist bestritten, [8]) aber die mildere Meinung, daß der angefangene Tag für beendigt zu halten sey, wird wohl, (aus Gründen der Billigkeit,) den Vorzug verdienen. Aus dem römischen Rechte, welches den akkusatorischen Proceß voraussetzt, und lediglich darauf sieht ob eine Klage erhoben ist, [9]) läßt es sich nun nicht beantworten, ob wenn das Verbrechen, oder auch sogar die Person des Thäters dem Richter bekannt geworden ist, [10]) die Verjährungsfrist dennoch laufe? nimmt man dieses aber, wie es gewöhnlich geschieht, stillschweigend an, so wird wenigstens jede vom Richter gegen den flüchtigen Verbrecher unternommene processualische Handlung, den Lauf der Verjährungsfrist unterbrechen. [11]) Die neuern Gesetzgebungen gehen in dieser Materie, wohl nicht mit Unrecht, oft von ganz andern Principien aus, als das, auf ganz andern processualischen Gründen beruhende, römische Recht. Die preußische Crimi-

---

7) S. Tittmann Hdbch. §. 61. Die Theilnahme fängt dagegen schon von der Zeit zu verjähren an, wo die letzte Handlung des Theilnehmenden geschah. Die Verjährungsfrist der Injurienklage kann jedoch nur erst von dem Zeitpunkte zu laufen anfangen, wo der Beleidigte Nachricht von der Injurie erhielt.

8) S. Wächter a. a. O. S. 271. c. Die ältere Praxis wollte sogar den Ablauf der halben Verjährungsfrist für einen Milderungsgrund gelten lassen.

9) fr. 29. §. 7. D. ad L. Jul. de adult. (XLVIII. 5.)

10) Manche neuere Gesetzgebungen nehmen hierauf Rücksicht.

11) S. Tittmann a. a. O. Der nach der Verurtheilung entflohene Verbrecher, kann sich gar nicht auf die Verjährung berufen.

nalordnung läßt gar keine Untersuchung oder Bestrafung statt finden, wenn ein Verbrechen erst nach zwanzig Jahren seit seiner Verübung zur Wissenschaft des Richters kömmt; ist das Verbrechen dem Richter zwar schon früher, der Thäter aber erst nach Verlauf dieses Zeitraumes bekannt geworden, so soll derselbe nur dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn er nachher ein Verbrechen begangen hat, oder wenn der Beschädigte die Untersuchung verlangt; hat sich der verdächtige Verbrecher nur durch die Flucht der Untersuchung entzogen, so ist der Ablauf jener Frist und das untadelhafte Benehmen des Angeschuldigten während derselben nur ein Milderungsgrund der Strafe, und der Antrag des Richters auf Begnadigung erscheint dadurch gerechtfertigt. — Bei Vergehungen, deren ordentliche Strafe in einer höchstens sechsmonatlichen Freiheitsstrafe, Geldbuße oder gelinden Züchtigung besteht, imgleichen bei fleischlichen Verbrechen, welche ohne Gewalt und Verletzung verübt sind, treten diese Vorschriften schon nach Verlauf von fünf Jahren ein; endlich kann wegen solcher Vergehungen, welche nicht von Amtswegen zur Untersuchung kommen, kein Verfahren eingeleitet werden, wenn der zur Anzeige Berechtigte, diese nicht innerhalb eines Jahres, nach erlangter Kenntniß von dem Verbrechen, macht. Verbrecher, die aus der Haft oder der Strafanstalt entflohen sind, können sich auf die Verjährung nicht berufen; wenn sie aber während des Zeitraums von zwanzig Jahren sich untadelhaft betragen haben, so muß ein solcher Fall der höhern Behörde zur fernern Verfügung angezeigt werden. [12]) Das baierische Strafgesetzbuch [13]) bestimmt,

---

12) Preuß. Crim.-Ord. §. 597—603.

13) Art. 139. 140.

daß der Ablauf einer bestimmten Zeit für sich allein kein Rechtsgrund seyn soll, das Verbrechen oder die Strafe zu tilgen. Nur wenn der Thäter dem Gerichte unbekannt geblieben, oder die Untersuchung oder Entscheidung durch die Schuld des Richters unterlassen worden ist, und der Verbrecher sich während gewisser Fristen ununterbrochen gut aufgeführt hat, kann, vorbehaltlich der Privatgenugthung des Verletzten, eine Freisprechung eintreten. Diese Fristen sind, bei Uebertretungen, welche nur Gefängniß oder eine geringere Strafe zur Folge haben, zwei Jahre; bei Verbrechen, welche das Arbeitshaus verdienen, fünf Jahre, bei solchen, die einer höchstens zwölfjährigen Zuchthausstrafe unterworfen sind, zehn Jahre; bei Verbrechen, wodurch eine härtere Strafe oder der Tod verwirkt worden, zwanzig Jahre; es werden dieselben von der begangenen Uebertretung an gerechnet. Auch das österreichische Strafgesetzbuch über Verbr. [14]) u. s. w. knüpft die Verjährung außer dem Ablaufe gewisser Fristen, [15]) an mehrere Bedingungen. Der Verbrecher muß keinen Nutzen aus seiner That mehr in Händen haben, er muß, in soweit dieses möglich war und in seinen Kräften stand, Wiedererstattung geleistet haben, er muß sich nicht aus dem Lande geflüchtet haben, und darf während der Verjährungsfrist kein Verbrechen, und wenn die Handlung, wegen welcher er sich auf die Verjährung beruft, ein Polizeivergehen ist, kein

---

14) Th. I. §. 206 — 210. Th. II. §. 274 und 275.

15) Verbrechen worauf lebenswierige Kerkerstrafe steht, verjähren in zwanzig Jahren, solche die mit einer 16 — 20 jährigen Kerkerstrafe bedroht sind, in zehn, alle übrigen in fünf Jahren. Polizeiübertretungen verjähren, je nachdem die Strafe ist, mit der sie bedroht sind, in drei Monaten, sechs Monaten, oder einem Jahre. S. d. G. B. a. a. O.

Polizeivergehen begangen haben. Die Verbrechen, welche mit der Todesstrafe bedroht sind, können nicht verjähren, sondern sie werden, wenn zwanzig Jahre seit ihrer Begehung verflossen sind, und die erwähnten Bedingungen eintreten, nur mit einer schweren Kerkerstrafe von zehn bis zwanzig Jahren belegt.[16]) Das französische Recht läßt endlich nicht bloß eine Verjährung der öffentlichen Klage, auf Anwendung der Strafe, sondern auch eine Verjährung der durch ein Urtheil festgesetzten Strafen zu. Die eigentliche Kriminalstrafe, welche durch ein Urtheil festgesetzt ist, verjährt in zwanzig Jahren,[17]) die korrektionelle Strafe in fünf Jahren, die einfache Polizeistrafe in zwei Jahren.[18]) Die öffentliche und Privatklage wegen eines Verbrechens verjährt dagegen in zehn Jahren,[19]) die Klage wegen eines Vergehens in drei Jahren,[20]) wegen einer Polizeiübertretung,[21]) in einem Jahre.

§. 51.

Von der Begnadigung.

Die Begnadigung, welche sowohl während des Strafprocesses,[1]) als nach dem erlassenen Urtheile der Gerichte vor-

---

16) Th. I. §. 431.

17) Code d'instr. crim. art. 635. Auch nach Verlauf dieser Zeit ist die Regierung befugt dem Verurtheilten seinen Wohnort anzuweisen.

18) Ibid. art. 636. 639. Die Frist läuft von dem Urtheilsspruche an.

19) Art. 637. Die Frist wird entweder von der begangenen That, oder von der letzten processualischen Handlung an gerechnet, wenn überhaupt schon eine Instruktion eingeleitet war.

20) Art. 638.

21) Art. 640.

1) In diesem Falle heißt sie Abolition. Von der römischen Abolition wird im Strafprocesse gehandelt werden.

kommen, und sich auf die ganze Strafe oder blos auf einen Theil derselben erstrecken kann, geht nach unsern heutigen Verfassungen, wie die Gerechtigkeitspflege überhaupt, allein vom höchsten Regenten eines jeden Landes aus. Ihre Zulässigkeit kann weder aus allgemeinen Gründen, noch nach positivem Staatsrechte bestritten werden; da in Hinsicht auf das letztere, die Regenten aller europäischen Länder im unbezweifelten Besitze dieses Rechtes sind, in Beziehung auf die erstern aber, es grade die Gnade des Regenten ist, welche den Widerstreit zu lösen vermag, der in einem einzelnen Falle zwischen der Strenge des positiven Gesetzes, und dem, in der Natur der Verhältnisse liegenden, höhern Rechte obwalten kann. [2]) — Freilich aber wird dieses Recht des Regenten als ein kostbarer Schatz betrachtet werden müssen, der nur dann zum Seegen des Landes gereicht, wenn er sparsam, und nicht ohne innere Nothwendigkeit, angewendet wird. — Nimmt man aber an, daß der Regent begnadigt, weil er aus Gründen, welche der Richter nicht berücksichtigen darf, die Anwendung des Gesetzes in diesem einzelnen Falle, für unrecht oder unzweckmäßig hält, so kann von einem Rechte des Verurtheilten, die Strafe zu fordern, nicht die Rede seyn. [3])

---

2) Ein Recht des Regenten, eine von den Gerichten durch Urtheil und Recht festgesetzte Strafe zu schärfen, oder, ohne rechtliches Verfahren vor den ordentlichen Gerichten, eine Kriminalstrafe zu verhängen, findet nach deutschem Staatsrechte nicht statt.

3) Positiv festgesetzt ist dieses in Preußen, durch Rescript vom 22. Juni 1813 in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. 2. S. 33 — 34.

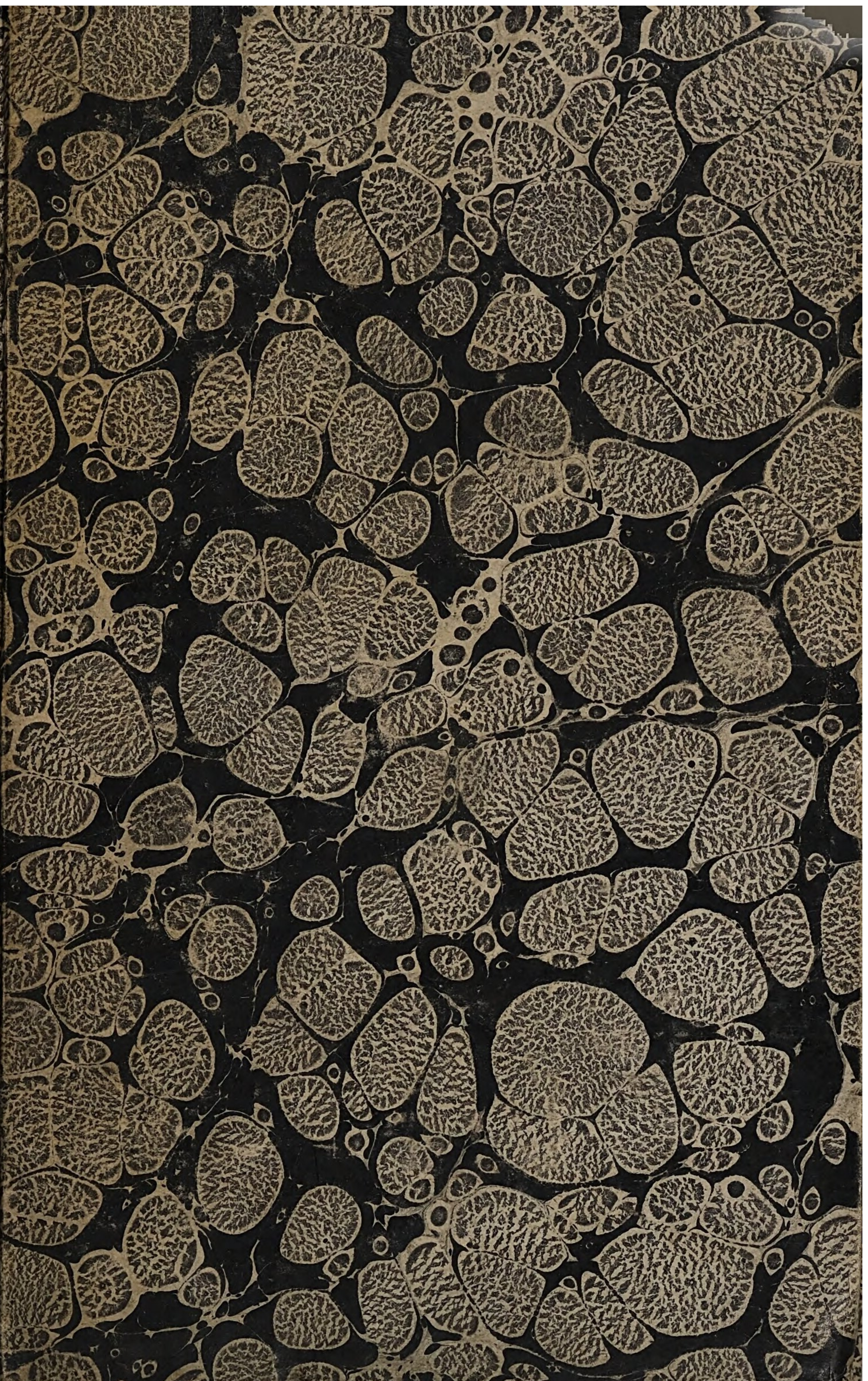
Gedruckt bei Trowitzsch und Sohn.

Druckfehler.

Seite 15. Zeile 6. lies das statt der
— 20. Note 24. l. elapsum , hominem st. elapsum. hominem
— 23. Note 3. Z. 8. l. aus st. auch
— 28. Note 12. Z. 13. l. lösen möge, st. lösen
— — — — Z. 16. l. denen st: deren
— 30. Z. 8. l. Strafen st. Strafe
— 33. Z. 4. l. Gerichte st. Gerichten
— 38. Z. 5. l. Geschäftskenntniß st. Geschichtskenntniß
— — Note 3. Z. 5. l. volnfaren u. s. w. st. voteferen und so weiter
— 42. Note letzte Zeile l. Uebersetzungen st. Uebersetzung
— 43. Note 10. Z. 4. l. philologisches st. philosophisches
— 64. Z. 3. von unten l. nahmen st. nehmen
— 72. Z. 8. l. dasselbe st. dieselbe
— 93. Z. 12. l. zugleich Verbrechen st. zugleich ein Verbrechen
— 100. Z. 3. v. u. l. ob etwas und wie viel st. ob und wie viel
— 104. Note 4. bezieht sich auf Z. 7 v. u. Note 5. auf Z. 4. v. u.
— 112. Z. 6. v. o. l. dürfte st. dürften
— 115. Z. 12. l. nachmals st. nochmals
— 116. Note 3. Z. 5. l. Marburgi st. Harburgi
— 118. Z. 5. v. u. l. innerlich nothwendig st. innerlich, nothwendig

— 120. Note 20. bezieht sich auf das Baierische Str. G. B. Z. 6. — Ebendas. Z. 2. l. Note 22 unten, st. der folgenden Note.
— 147. Note 25. Z. 2. v. u. l. gestalten st. gestatten
— 157. Note Z. 2. v. u. l. auch der st. auch zu der
— 190. Note 8. Z. 1. ist ausgelassen: im Neuen Arch. des Cr. R.
— 228. Note 11. Z. 4. v. u. l. ceux st. ou
— 260. Note 4. Z. 6. v. u. l. Capitalstrafe st. Capitelstrafe
— 270. Note 6. Z. 7. l. welcher st. welche

1-3 Ł 2.2



BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Jarcke, Karl Ernst,

Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf die Bestimmungen der preußischen, österreichischen, baierischen und französischen Strafgesetzgebung
Bd.: 1

Berlin 1827

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.cr.o.77(1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11704377-7